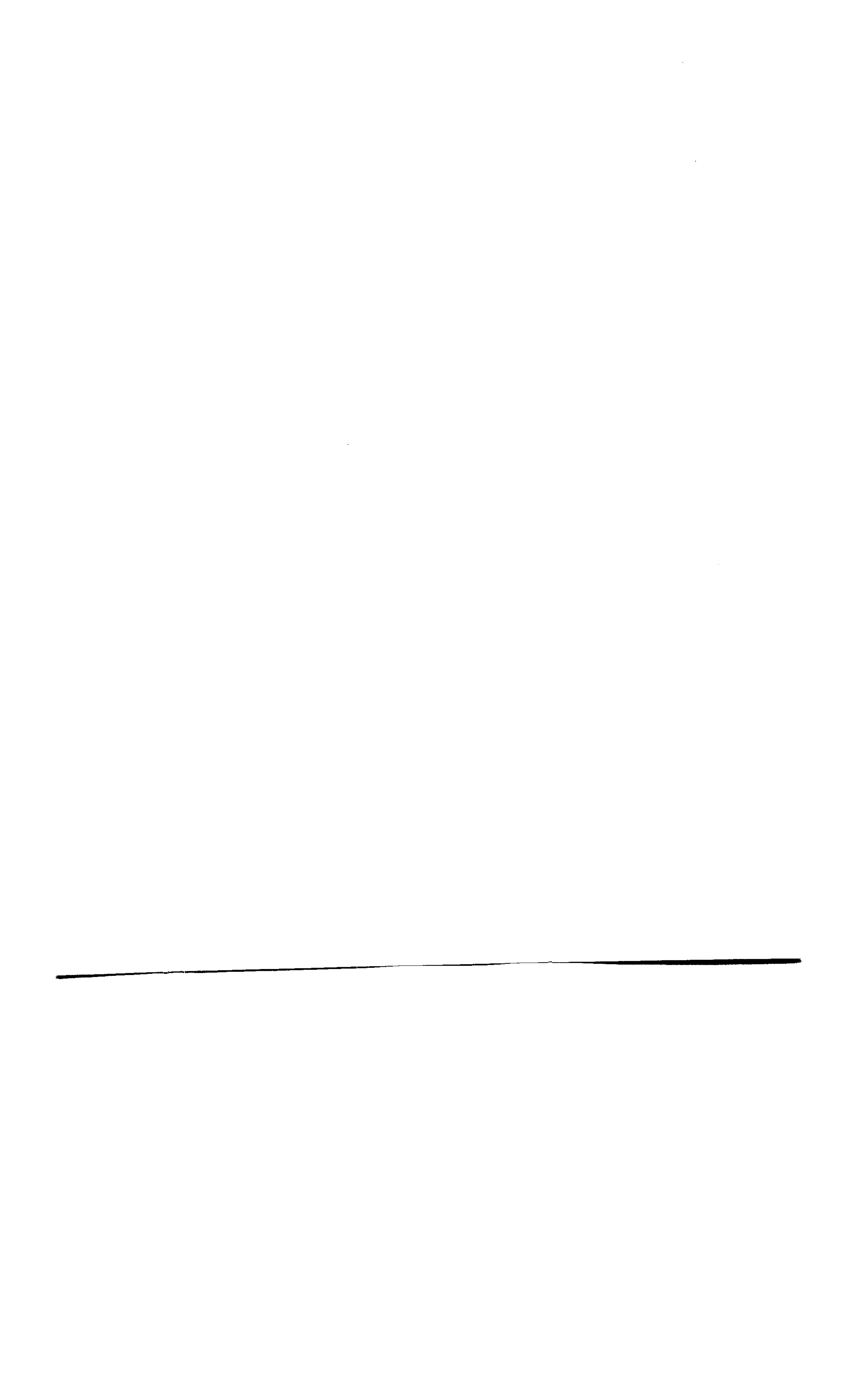
جامعة المنصورة
كلية الحقوق

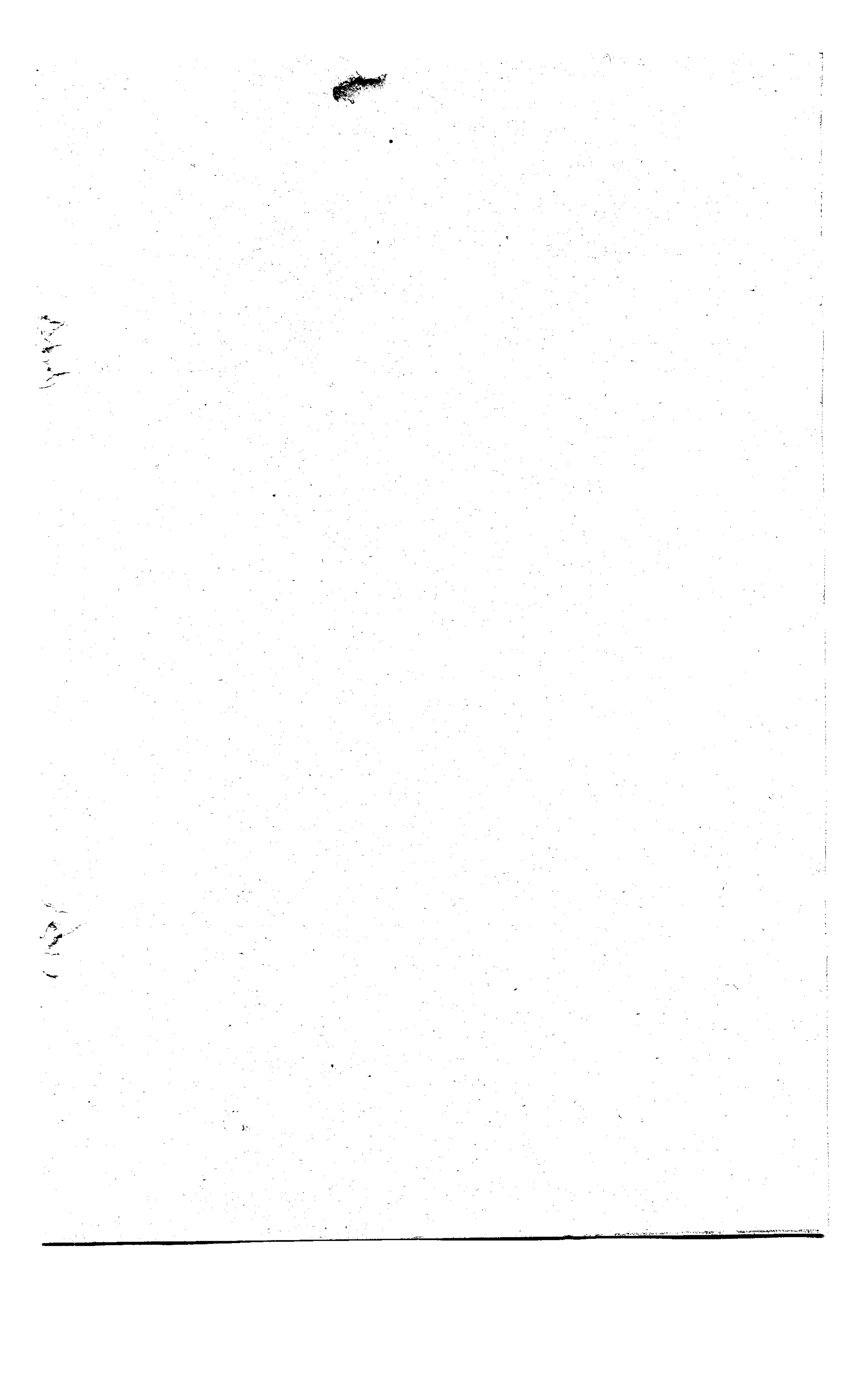
أحكام الالتزام

تأليف

الدكتور/ أحمد السعيد الزقرد
أستاذ ورئيس قسم القانون المدني
كلية الحقوق — جامعة المنصورة

٢٠٠٥م





- مقدمة عامة :

١ - إذا كانت الالتزامات تختلف - فيما رأينا - بالنظر إلى مصدرها " الإرادة [١] العمل غير المشروع - الإثراء بلا سبب " [٢] إلا أن العلاقة التى ينشئها الالتزام من طبيعة واحدة تخضع لقواعد واحدة .

والمقصود بأحكام الالتزام مجموعة القواعد التى تنظم الالتزام فى حركته أى من البداية إلى النهاية فالالتزام إن وجد يجب تنفيذه فيما يسمى بآثار الالتزام وقبل أن ينفذ يمكن أن ترد عليه أوصاف معدلة له فيما يسمى بالأوصاف المعدلة للالتزام، وقد ينتقل إيجاباً أو سلباً من شخص إلى آخر - فيما يعرف بانتقال الالتزام .

كما أن الالتزام لا يمكن أن يكون مؤبداً فلابد أن ينقضى وإلا انقلب إلى قيد على المدين وحريته الشخصية " انقضاء الالتزام " ولا قيمة لحق يدعيه الدائن إلا إذا أمكن إثباته فيما يسمى بالإثبات .

ونلفت النظر بأن أحكام الالتزام وردت بالتقنين المدنى بالباب الثانى إلى السادس من الكتاب الأول، اشتملت على آثار الالتزام - بالمواد ١٩٩ إلى ٢٦٤ والأوصاف المعدلة للالتزام فى المواد ٢٦٥ إلى ٣٠٢ وانتقاله بالمواد ٣٠٣ إلى ٣٢٢ وانقضائه بالمواد ٣٢٣ إلى ٣٨٨، وإثباته بالمواد ٣٨٩ إلى ٤١٧ .

وفى عام ١٩٦٨ صدر القانون رقم ٢٥ [٣] ونص على إلغاء الباب السادس الخاص بإثبات الالتزام أى المواد ٣٨٩ إلى ٤١٧. وبه استقلت أحكام الإثبات بنصوص خاصة لكنها لم تستقل عن القانون المدنى .

---

(١) فى مؤلفنا. محاضرات فى نظرية الالتزام - ج ١ - المصادر الإرادية / ط ٢٠٠٣ .

(٢) فى مؤلفنا - المسئولية المدنية - ط ٢٠٠٥ .

(٣) نشر بالجريدة الرسمية / ع ٢٢ / مايو ١٩٦٨ .

وعــن خطة المشرع المصرى لنا رأى فتنفيذ الالتزام هو الوفاء به لذا كــان يتعين عرض الوفاء بالالتزام بالباب الخاص بآثار الالتزام أى بالمواد ٢٢٣ وما بعدها. لكن مشرعنا أخذاً عن القانون المدنى الفرنسى [١] قد فصل بيــن تنفيــذ الالتزام والوفاء به. وعرض للأخير فى الباب المتعلق بانقضاء الالتزام .

وعندنا أنه كان يتعين فصل الوفاء بالالتزام عن أسباب الانقضاء وضمها للــباب الخاص بآثار الالتزام على سند بأن انقضاء الالتزام بالوفاء به نتيجة طبيعــية لقيام المدين بالتنفيذ. بينما تنصب أسباب الانقضاء بمعناها الحقيقى علــى زوال الالــتزام دون تنفــيذه بمــا فــى ذلك مثلاً التقادم المسقط. لذا فالتشــريعات الحديــثة كتقنين الالتزامات السويسرى تعرض الوفاء بالالتزام بالباب الخاص بآثاره [٢] .

٢ – وإذا كان المنطق أن نتناول الوفاء بالالتزام بالباب الخاص بآثاره. فإننا آثرنا تيسيراً على طلابنا فى متابعة نصوص القانون الالتزام بخطة المشرع وترتيباً على ما تقدم نوزع دراستنا فى أحكام الالتزام على فصول أربعة هى:

١ – آثار الالتزام .

٢ – الأوصاف المعدلة للالتزام .

٣ – انتقال الالتزام .

٤ – انقضاء الالتزام .

---

[١] وكان التخيار بين اعتبارات المنطق القانونى المجرد. والتيسير على القارىء قد أوقعنا فــى حيرة لا نخفيها. وبين الأمرين آثرنا الثانى لجمود المنهج، وتشعب مسائله، وصعوبة الربط بين أجزائه. وانظر فى خطة أخرى / عبدالحى حجازى / أحكام الالتزام ١٩٥٤ – عبدالحميد عثمان الحفنى / أحكام الالتزام / ط ٢٠٠٣ – حيث عرضا للوفاء. بداية أى فى الباب الخاص بآثار الالتزام لأنه محض تنفيذ عينى للالتزام .

[٢] انظر المواد ١٢٣٤ الى ١٢٧٠ من التقنين المدنى الفرنسى .

الفصل الأول - فى آثار الالتزام

تمهيد وتقسيم :

٣ - إذا نشأ الالتزام، بصرف النظر عن مصدره ترتب عليه أثره، من حيث تنفيذه والأصل أن ينهض المدين لتنفيذ التزامه اختياراً. فإذا لم يقم بتنفيذ التزامه كان للدائن إجباره على التنفيذ [١] .

والأصل كذلك، أن يكون تنفيذ الالتزام " اختياراً أو جبراً " عينياً، أى أن يؤدى المدين للدائن عين ما التزم به. فإن تعذر التنفيذ العينى للالتزام لسبب يرجع إلى المدين، أمكن تنفيذه بطريق التعويض، أى بأن يقوم المدين بتعويض الدائن عن الضرر الذى لحقه جراء عدم التنفيذ العينى للالتزام فالتعويض إذن ليس تنفيذاً عينياً، بل تنفيذ بمقابل. وإذا كان التنفيذ العينى للالتزام أصلاً، تعين ألا يطلب الدائن التنفيذ بمقابل إلا إذا تعذر التنفيذ العينى[٢] وإلا يعرضه المدين بينما يمكنه التنفيذ العينى .

ولم يكتف المشرع بالنص على إجبار المدين على تنفيذ التزامه، عيناً أو بطريق التعويض بل كفل للدائن تنفيذ التزامه، فقرر له ضماناً عاماً يثقل جميع أموال المدين، ونص على وسائل عدة للمحافظة على هذا الضمان العام

٤ - وترتيباً على ذلك نوزع دراستنا فى آثار الالتزام على مبحثين : **الأول** فى تنفيذ الالتزام، والثانى فى ضمانات تنفيذ الالتزام .

---

[١] وبهذا تختلف آثار الالتزام عن آثار العقد. فبينما يقصد بالأولى، وجوب تنفيذ المدين لالتزامه. يقصد بالثانية إنشاء الالتزام أو تعديله أو نقله أو زواله .

[٢] وفرق بين التنفيذ الجبرى، والتنفيذ العينى. فالأول قد يكون عيناً، أو عن طريق التعويض، والثانى أن يؤدى المدين للدائن عين ما التزم به وبالتالى يكون التنفيذ الجبرى أوسع نطاقا من التنفيذ العينى حيث يشمله كما يشمل التنفيذ بمقابل أو عن طريق التعويض إذا توافرت الشرائط الأخرى .

المبحث الاول – تنفيذ الالتزام

تمهيد وتقسيم :

٥ – أثر الالتزام فيما قدمنا هو تنفيذه إما اختياراً أو جبراً على المدين ويقوم المدين بتنفيذ التزامه عيناً إذا توافرت شرائطه، أى بأن يؤدى للدائن ذات ما التزم به. من عمل. أو امتناع عن عمل. أو إعطاء شيء. فإذا لم تتوافر شرائط التنفيذ العينى للالتزام، أمكن تنفيذه بمقابل أو عن طريق التعويض[١].

وقد قرر المشرع للدائن وسائل معينة يستطيع بها المحافظة على أموال مدينة التى جعلت ضماناً لحق الدائن وتتمثل فى وسيلتين وثلاث دعاوى .

٦ – وبين تنفيذ الالتزام بطريقتيه، وضمانات التنفيذ نوزع دراستنا على مطلبين. نخصص الأول منهما لكيفية تنفيذ الالتزام، وفى الثانى نتناول وسائل المحافظة على الضمان العام .

---

(١) والتنفيذ بمقابل يختلف عن الوفاء بمقابل فيما سنرى لاحقا / ص / بند .

المطلب الأول – كيفية تنفيذ الالتزام

٧ - الأصل أن يقوم المدين بتنفيذ التزامه عيناً، فإن لم تتوافر شرائط التنفيذ العينى للالتزام، أمكن تنفيذه بمقابل أى عن طريق التعويض .

وفى التنفيذ العينى يحصل الدائن على ذات الأداء الذى يثقل المدين. وتختلف وسائله بالنظر إلى نوع وطبيعة الالتزام المطلوب تنفيذه .

والمهم أنه إذا تعذر على المدين تنفيذ التزامه عيناً، أمكن الالتجاء إلى التنفيذ بمقابل أو عن طريق التعويض .

ونعرض بداية للتنفيذ العينى للالتزام -- فى فرع أول، ثم للتنفيذ بمقابل أو عن طريق التعويض فى فرع ثان .

الفرع الأول – التنفيذ العينى للالتزام

٨ - لا يمكن تنفيذ الالتزام عيناً على المدين إلا إذا توافرت شرائط عدة ورد النص عليها بالمادة ٢٠٣ مدنى كما رسم المشرع طريقة للتنفيذ العينى للالتزام تختلف باختلاف محل الالتزام. أى سواء كان عملاً، أو امتناعاً عن عمل أو بإعطاء شيء. وأجاز للدائن - إذا توافرت شرائط التنفيذ العينى للالتزام - أن يحصل على حكم بإلزام المدين بهذا التنفيذ، وبدفع غرامة تهديدية إذا امتنع عن ذلك .

وسوف نعرض بداية لشروط التنفيذ العينى للالتزام، ثم كيفية التنفيذ العينى. وأخيراً للغرامة التهديدية .

المحور الأول - شروط التنفيذ العينى

نصوص قانونية. تعليق :

٩ - تنص المادة ٢٠٣ مدنى بأنه " يجبر المدين بعد اعذاره طبقاً للمادتين ٢١٩، ٢٢٠ على تنفيذ التزامه تنفيذاً عينياً متى كان ذلك ممكناً .

وفى المادة ٢١٩، " يكون اعذار المدين بإنذاره، أو بما يقوم مقام الإنذار، ويجوز أن يتم الإعذار عن طريق البريد على الوجه المبين فى قانون المرافعات، كما يجوز أن يكون مترتباً على اتفاق يقضى بأن يكون المدين معذرا بمجرد حلول الأجل دون حاجة إلى أى إجراء آخر " .

وفى المادة ٢٢٠ " لا ضرورة لإعذار المدين فى الحالات الآتية : إذا أصبح تنفيذ الالتزام غير ممكن أو غير مجد بفعل المدين إذا كان محل الالتزام تعويضاً ترتب على عمل غير مشروع إذا كان محل الالتزام رد شيء يعلم المدين أنه مسروق أو شيء تسلمه دون حق وهو عالم بذلك إذا صرح المدين كتابة أنه لا يريد القيام بالتزامه .

١٠ - وتعليقاً على النصوص المذكورة، نرى بأن المشرع قد حدد شرائط التنفيذ العينى للالتزام فى ثلاثة : أن يكون ممكناً، وغير مرهق للمدين، وأن يعذر الأخير وأحال المشرع فى الإعذار إلى نصين آخرين بين فى الأول منهما كيفية الإعذار وحدد فى الثانى الحالات التى لا يلزم فيها الإعذار. والمهم أنه لا يمكن الالتجاء إلى التنفيذ العينى للالتزام إلا إذا كان ممكناً .

والمعنى أنه إذا استحال التنفيذ العينى للالتزام، فلا يمكن للدائن المطالبة به. ويتعين بعد ذلك التفرقة فى الحكم بحسب ما إذا كانت الاستحالة مردها سبباً أجنبياً لا يد للمدين فيه، أو كانت ترجع إلى المدين. وفى الحالة الأولى ينقضى الالتزام وفى الثانية، يلتزم المدين بالتعويض .

ويكـون الالتزام مستحيلا فى حالات ثلاث : الأولى. أن يصبح التنفيذ العيـنى مستحيلا في ذاته بما فى ذلك هلاك المبيع قبل نقل ملكيته للمشترى بفعـل يـرجع إلى البائع، وتخلف المحامى عن الطعن بالاستئناف فى حكم مضـى مـيعاد الطعـن فيه بالاستئناف، أو قيام المدين بعمل كان قد التزم بالامتناع عن القيام به .

الحالة الثانية، أن يكون تنفيذ الالتزام غير مجد بفعل يرجع إلى المدين، بما فى ذلك مضى الوقت الذى كان يتعين فيه تنفيذ الالتزام، عدم قيام الفنان بالتمثـيل خلال الموعد المحدد للعرض المسرحى، وتخلف الرسام عن رسم اللوحـة الـتى تعهـد بها خلال فترة المعرض. وتخلف الترزى عن تصميم فستان الزفاف فى يوم العرس .

أمـا الحالـة الأخـيرة، أن يكون تنفيذ الالتزام يستوجب تدخل المدين شخصـياً، كأن يتخلف المؤلف عن نشر مصنفه، فلا يمكن جبره على تنفيذ الـتزامه ففيه مساس بالحرية الشخصية، فضلاً عن عدم جدوى التنفيذ أصلاً لأنه يتوقف على محض إرادة المدين .

ونلفت النظر بأنه التنفيذ العينى للالتزام بدفع مبلغ من النقود يعتبر ممكناً دائماً، بحيث لا يصار فيه إلى التنفيذ بمقابل. ولا يعتبر التنفيذ العينى للالتزام بدفـع مـبلغ من النقود مستحيلاً لمجرد أن المدين معسر. أما فى الالتزامات الأخرى خلاف " دفع المبلغ النقدى " فمن الجائز أن يصبح الالتزام مستحيلاً.

الشرط الثانى – عدم إرهاق المدين :

١١ – قـد يكـون التنفيذ العينى للالتزام ممكناً، لكن تنفيذه على المدين فيه إرهاقـه. وعـندها يجـوز للمدين أن يطلب إلى المحكمة التنفيذ عن طريق التعويض بدلاً من التنفيذ العينى .

وعلــى ذلــك ورد نص المادة ٢٠٣/ ٢ مدنى صريحاً.. إذا كان فى التنفيذ العينى إرهاق للمدين، جاز له أن يقتصر على دفع تعويض نقدى، إذا كــان ذلك لا يلحق بالدائن ضرراً جسيماً. وبذا أصبح التنفيذ العينى مشروطاً بعدم الإرهاق وليس بشرط الإمكان فقط.

شرطان إذن لاستبدال التنفيذ العينى بالتنفيذ عن طريق التعويض هما: إرهاق المدين، وإلا يترتب على التنفيذ بطريق التعويض ضرر جسيم بالدائن. فإذا كان فى التنفيذ العينى إرهاق للمدين، وكان فى العدول عنه ضرر جسيم يلحق بالدائن، كان الأخير أولى بالرعاية [١] بينما يجوز للقاضى إذا وجد أن التنفـيذ العيـنى يلحق ضرراً بالمدين أشد من الضرر الذى يلحق الدائن أن يعفى المدين من التنفيذ.

ويضرب الفقه مثلاً على التنفيذ المرهق – أن يشرع (س) فى بناء ضخم فيتجاوز المساحة المخصصة له بقدر يسير فى أرض الجار، فلا يجوز للجار المطالبة بالتنفيذ العينى، وإنما يقتصر على التعويض النقدى.

والرأى عندنا دائماً أنه كان يمكن التوصل إلى هذه النتيجة تطبيقاً للمادة ٥/د من القانون المدنى الخاصة بالتعسف فى استعمال الحق [٢].

الشـرط الثالـث – ألا يكـون فى التنفيذ العينى جبراً على المدين مساس بحريته الشخصية:

١٢ – لا يكفى للتنفيذ العينى أن يكون ممكناً وغير مرهق للمدين بل يجب ألا يكــون فى تنفيذه على المدين مساس بحريته الشخصية. وعندئذ يمتنع التنفيذ

---

(١) أستاذنا / عبدالمنعم البدراوى / النظرية العامة للالتزام / ج ٢ / ١٩٦٨ / ص ٢٤ / بند ١٠.

(٢) وتقضــى بأن استعمال الحق يكون غير مشروع. إذا كانت المصالح التى يرمى إلى تحقيقها قليلة الأهمية بحيث لا تتناسب البتة مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها.

العيـــنى الجبرى، ويقضى على المدين بالتعويض. ذلك أن إجبار المدين على القيام بالعمل مصادرة لحريته. فضلا عن أن القهر غير منتج فى هذه الحالة.

ونلفـــت الـــنظر بأنـــه إذا كان التنفيذ العينى للالتزام على المدين يمس بحريـــته الشخصية امتنع جبره على الوفاء المباشر. إنما يجوز الالتجاء إلى وسيلة أخرى لجبره على التنفيذ هى الغرامة التهديدية فتحكم المحكمة – على من سترى حالا – على المدين بدفع مبلغ معين عن كل مدة زمنية يتأخر فيها عن الوفاء. فإذا لم تجد هذه الوسيلة، فيصار إلى التنفيذ بمقابل .

المحور الثانى – كيفية التنفيذ العينى للالتزام :

نصوص قانونية، تعليق :

١٣ – نصت المادة ٢٠٤ على أن الالتزام بنقل الملكية أو أى حق عينى آخر ينقل من تلقاء نفسه هذا الحق. إذا كان محل الالتزام شيئاً معيناً بالذات يملكه الملتزم، وذلك دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالتسجيل .

وفـــى المادة ٢٠٥ " إذا ورد الالتزام بنقل حق عينى على شىء لم يعين إلا بنوعه فلا ينتقل الحق إلا بإفراز هذا الشىء .

فـــإذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه، جاز للدائن أن يحصل على شىء من الـــنوع ذاته على نفقة المدين بعد استئذان القاضى أو دون استئذانه فى حالة الاستعجال، كما يجوز له أن يطالب بقيمة الشىء من غير إخلال فى الحالتين بحقه فى التعويض .

وتقضى المادة ٢٠٦ بأن الالتزام بنقل حق عينى يتضمن الالتزام بتسليم الشىء والمحافظة عليه حتى التسليم .

وفـــي المادة ٢٠٩ أنه في الالتزام بعمل إذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه جاز للدائن أن يطلب ترخيصاً من القضاء في تنفيذ الالتزام على نفقة المدين إذا كان هذا التنفيذ ممكناً .

وتـــنص المادة ٢١٢ على أنه إذا التزم المدين بالامتناع عن عمل وأخل بهذا الالتزام جاز للدائن أن يطلب إزالة ما وقع مخالفاً للالتزام، وله أن يطلب من القضاء ترخيصاً في أن يقوم بهذه الإزالة على نفقة المدين .

والمـــتأمل بالنصوص السابقة يرى بأن المشرع قد فرق في كيفية التنفيذ العيني للالتزام بين الالتزام بنقل الملكية أو أي حق عيني آخر، وبين الالتزام بعمـــل، والالتزام بالامتناع عن عمل. ونص على الأولى بالمادة ٢٠٤ وعلى الثانية بالمادة ٢٠٩ وعلى الأخيرة في المادة ٢١٢ .

ويـــتأدى التنفـــيذ الجـــبري عن طريق السلطة العامة التي تتولى اجبار المدين على تنفيذ التزامه على النحو الآتي :

أ – الالتزام بإعطاء :

١٤ – الالـــتزام بإعطـــاء هـــو الالتزام بنقل الملكية أو أي حق عيني آخر، والأصل فيه تنفيذه بمجرد نشوئه. لكن طريقة تنفيذه تختلف بالنظر إلى نوع المحل الذي يرد عليه (أ) فإذا ورد الالتزام بنقل الملكية أو الحق العيني على مـــنقول معيـــن بالذات مملوك للمدين، فإن الاتفاق على نقل أو إنشاء الحق العيـــني على المنقول ينقل ذلك الحق بقوة القانون de plein droit دون أية شـــرائط أخـــرى، ولا يبقى بعد ذلك سوى مطالبة المدين بالتسليم والالتزام بالإعطـــاء يتضمن دائماً التزام المدين بتسليمه لذا ورد نص المادة ٢٠٦ بأن الالتزام بنقل حـــق عيني يتضمن الالتزام بتسليم الشيء والمحافظة عليه حتى

التسليم (١) .

ب – وإذا ورد الالتزام بالإعطاء على منقول لم يعين إلا بالنوع فقط فإن الملكية لا تنتقل فور العقد، بل يقتصر العقد على إنشاء التزام بنقلها فى ذمة المتصرف، وتنفيذه لا يكون إلا بالإفراز. والإفراز عملية مادية ينقلب الشيء بمقتضاها من معين بالنوع إلى معين بالذات، يمكن القيام بها جبراً على المدين بأن يحصل الدائن على الشيء من النوع ذاته على نفقة المدين. وذلك بعد إذن القضاء، أو بدون إذن فى حالة الاستعجال ويجوز للدائن بدلاً من الحصول على شيء من نوع ما التزم به المدين مطالبة المدين بقيمة الشيء، ويكون التنفيذ فى هذه الحالة بمقابل عن طريق التعويض .

وإذا كان المبيع عقاراً، وامتنع البائع عن معاونة المشترى فى القيام بالتسجيل، بأن يمتنع عن التصديق على توقيعه، كان للمحكمة المختصة بناء على طلب الدائن بالالتزام الحكم بثبوت التعاقد. فإن قام الدائن بتسجيل الحكم فإن الملكية تنتقل. وبذا يكون الالتزام بإعطاء قد تم تنفيذه .

ب – فى الالتزام بعمل :

١٥ – ورد النص على كيفية تنفيذ الالتزام بعمل بالمادة ٢٠٩، وفيها قد يكون الأداء مثلياً يمكن أن يقوم به غير المدين. أى أنه يمكن التنفيذ العينى عن غير المدين بما يوفر على الدائن مشقة الالتجاء إلى التنفيذ بمقابل أو عن طريق التعويض .

ولكن قد يكون الأداء الذى يلزم به المدين قيمياً لا مثلياً، أى غير ممكن أو غير ملائم تنفيذه عن غير المدين، كأن يتعهد طبيب متخصص بإجراء

---

(١) عبدالحى حجازى / أحكام الالتزام / ١٩٥٤ / ص ١٧٧ .

عملية جراحية أو يتعهد فنان برسم لوحة معينة ... وقد يثور التساؤل عن الفرض الذى يمتنع فيه المدين عن تنفيذ التزامه ؟

وقد يتبادر الذهن إلى الإكراه البدنى contrainte par corps أو الإكراه المالى " الغرامة التهديدية " astreinte كسبيل لحمل المدين على التنفيذ العينى فى الفرض المطروح ؟

ونسارع للتنويه بأن الإكراه البدنى أى حبس المدين لإجباره على الوفاء غير جائز فى تشريعنا إلا فى حالتين : دين النفقة إذا توافرت شرائطه الأخرى والغرامات والتعويضات، والمصاريف فى المسائل الجنائية. وبذا، فلا إكراه على تنفيذ الالتزامات المدنية على سند بأن ذمة المدين لا جسمه هى الضامنة للوفاء بديونه، وبذا يمكن الالتجاء إلى الغرامة التهديدية لحمل المدين على تنفيذ التزامه بحيث يحكم على المدين بدفع مبالغ مرتفعة لا تتناسب مع الضرر الذى يصيب الدائن على فترات زمنية يوم - أسبوع - أو شهر إلى أن يقوم بالتنفيذ .

ج - فى الالتزام بالامتناع عن عمل :

١٦ - إذا خالف المدين التزامه بالامتناع عن عمل ما، فإن التنفيذ العينى يكون بإزالة ما وقع. وبذا، فبناء بائع العقار لطابق أو أكثر، بالمخالفة لالتزامه فى مواجهة المشترى بعدم تعلية المبنى، يجيز الحكم بإزالة هذا البناء .

وإذا التزم بائع المحل التجارى بعدم فتح محل منافس للمشترى فى نفس الحى، فإن التنفيذ العينى يكون بإغلاق المحل، إذا فتحه البائع .

ونلفت النظر بأن إزالة العمل المخالف يستتبع صدور حكم بذلك من القضاء، ولم يجز المشرع للدائن بالقيام بالإزالة بنفسه حتى فى حالة

الاستعجال، ففيه أثر من نظرية انتشرت كانت تجيز للشخص أن يقبض حقه بنفسه. فضلا عما يترتب على ذلك من أعمال عنف وبذا يختلف حكم التنفيذ العينى للالتزام بالامتناع عن عمل عن الالتزام بإعطاء، وعن الالتزام بالقيام بعمـــل ففيهما يجوز للدائن - على ما أسلفنا - أن ينفذ على نفقة المدين دون حاجة إلى إذن من القضاء فى حالة الاستعجال .

وفـــى كـــل الحالات فإن للقاضى الخيار بين الحكم بالإزالة أو الاكتفاء بـــتعويض الدائـــن، خصوصاً إذا وجد فى إزالة العمل المخالف إرهاق على المدين بحيث لا يتناسب مع ما يصيب الدائن من ضرر أخذاً من المادة ٢٠٤ محملة على المادة ٥/د من القانون المدنى. إنما يكون للمحكمة لأجل إجبار المدين على التنفيذ العينى للالتزام الحكم عليه بغرامة لتهديده ليقوم بالتنفيذ .

أمـــا إذا اســـتحال التنفيذ العينى عن طريق إزالة العمل المخالف، كأن أفشـــى المحامى سر عملائه، أو كان فى التنفيذ العينى مساس بحرية المدين الشخصـــية، كـــأن يتعهد الفنان بعدم التمثيل فى مسرح آخر، فلا يبقى سوى التنفيذ بمقابل أى عن طريق التعويض النقدى .

المحور الثالث - الغرامة التهديدية - Les astreintes

نصان. تعليق وتقسيم :

١٧ - تقضى المادة ٢١٣ مدنى بأنه " إذا كان تنفيذ الالتزام عيناً غير ممكن أو غـــير ملائم إلا إذا قام به المدين نفسه، جاز للدائن أن يحصل على حكم بإلزام المدين بهذا التنفيذ وبدفع غرامة تهديدية أن امتنع عن ذلك .

وإذا رأى القاضـــى بأن مقدار الغرامة ليس كافياً لإكراه المدين الممتنع عن التنفيذ جاز له أن يزيد فى الغرامة كلما رأى داعياً للزيادة .

بينما تنص المادة ٢١ : على أنه " إذا تم التنفيذ العينى أو أصر المدين على رفض التنفيذ حدد القاضى مقدار التعويض الذى يلزم به المدين مراعياً فى ذلك الضرر الذى أصاب الدائن، والعنت الذى بدا من المدين .

تنظم هاتان المادتان إذن ما يسمى فى الفقه بالغرامة التهديدية وهى وسيلة غير مباشرة لحمل المدين على تنفيذ التزامه إذا توافرت شرائط معينة. وذلك عن طريق الحكم عليه بدفع مبالغ مالية عن كل فترة زمنية يوم / أسبوع / شهر يمتنع فيها عن التنفيذ وغالباً ما يذعن المدين للتنفيذ اعتباراً بأن المبالغ المحكوم بها كغرامة تزيد عن قيمة الضرر الذى يصيب الدائن جراء عدم التنفيذ أو التأخر فيه .

والحقيقة أن الغرامة التهديدية من إبداع القضاء الفرنسى، انتقدها الفقه بداية ثم أيدها بعد ذلك، وسارت عليها المحاكم المصرية، إلى أن كرسها المشرع بنصين بعد أن تلافى عيوبها والمتأمل بهما يرى بداية بأن المشرع قد حدد مجال الغرامة التهديدية عن طريق تحديد شروطها بأن يكون التنفيذ العينى للالتزام مازال ممكناً وهو شرط بدونه يصبح تهديد المدين عبث لا معنى له. وبأن يكون تنفيذ الالتزام غير ممكن أو غير ملائم إلا إذا قام به المدين بنفسه. والقول بغير ذلك يعنى إهدار أحكام التنفيذ العينى للالتزام .

وألا يكون فى الحكم بالغرامة التهديدية مساس بالحق الأدبى للمؤلف وهو شرط يكفل عدم الاعتداء على حقوق المؤلف الأدبية. فشروط الحكم بالغرامة التهديدية إذن هو تحديد مباشر لمجالها أو نطاقها، ومخالفة أحد شرائطها تجاوز لنطاق الحكم بها .

والمتأمل بالنصين يرى كذلك بأن الحكم بالغرامة التهديدية، تهديدى comminatoire يظهر ذلك خصوصاً من زيادة المبالغ المحكوم بها عما

يصيب الدائن من أضرار عن التأخر في التنفيذ. كما أنه حكم مؤقت provisoire . أى لا يمنع المحكمة – على ما سنرى حالاً – من إعادة النظر فيه كما أن الحكم بالغرامة التهديدية غير محدد المقدار .

وبدورنا نتناول في تفصيلا شروط الحكم بالغرامة التهديدية ثم خصائصها وتقدير نظام التهديد المالي .

أولاً – شروط الحكم بالغرامة التهديدية :

١٨ – التهديد المالي، على ما قدمنا، وسيلة غير مباشرة لإكراه المدين على القيام بتنفيذ التزامه، وذلك بالحكم عليه بمبالغ مالية لا تتناسب والأضرار التى تصيب الدائن عن التأخر في التنفيذ .

وينحصر مجال تطبيقها في الالتزامات التى يكون تنفيذها ممكناً ويتطلب تدخل المدين شخصياً في التنفيذ، شريطة عدم المساس بالحق الأدبي للمؤلف.

الشرط الأول إذن، للحكم بالغرامة التهديدية هو أن يكون تنفيذ الالتزام عيناً مازال ممكناً .

والشرط يتسق والغاية من التهديد المالي، وهو حمل المدين على أن ينفذ التزامه عيناً. وتفريعاً على ذلك فإنه إذا لم يوجد التزام أصلاً فلا يمكن الحكم بالغرامة التهديدية. ويضرب الفقه مثلاً على ذلك بأنه لا يجوز الحكم بالغرامة التهديدية لإلزام أحد الخصوم بالحضور أمام المحكمة، فليس ثمة التزام على الخصم بالحضور. ولا يجوز الحكم على الشريك في الجريمة بغرامة تهديدية لحملة على الاعتراف لأنه غير ملزم بذلك ولا يجوز الحكم بالغرامة التهديدية للإلزام بالوفاء بدين طبيعي ولا بالتزام خلقى محض، ولا عن الالتزام بمجرد

تعهد شرفي L'engagement d'honneur لا يرقى إلى مرتبة الالتزام المدني .

ويجب من ناحية أخرى أن يكون تنفيذ الالتزام عيناً مازال ممكناً ترتيباً على أن غاية التهديد المالي حمل المدين على التنفيذ .

فإذا استحال التنفيذ لسبب أجنبي عن المدين، انقضى الالتزام وامتنع الحكم بالغرامة التهديدية وإذا استحال تنفيذ الالتزام بسبب يرجع إلى المدين لم يجز الحكم بالغرامة التهديدية، ويحكم بالتعويض للدائن عما أصابه من ضرر بسبب عدم تنفيذ الالتزام .

الشرط الثاني – أن يكون التنفيذ العيني غير ممكن أو غير ملائم إلا إذا قام به المدين بنفسه :

١٩ – المعنى إذن أن القاضي لا يحكم بالغرامة التهديدية إذا توافرت للدائن وسيلة أخرى للحصول على حقه. فلا يحكم بغرامة تهديدية عن التزام محله الوفاء بمبلغ نقدي فثمة وسيلة للدائن أخرى للتنفيذ العيني هي الحجز على أموال المدين .

ولا يحكم بغرامة تهديدية عن التزام محله عمل يؤديه شخص آخر غير المدين ويمكن للدائن أخذاً من المادة ٢٠٩، أن يطلب ترخيصاً من المحكمة في تنفيذ الالتزام على نفقة المدين .

٢٠ – ويبقى مجال الغرامة التهديدية – والحال هذه – محصوراً في الالتزامات التي يتطلب تنفيذها تدخل المدين شخصياً، بما في ذلك مثلاً الالتزام بالقيام بعمل فني من غناء أو تمثيل أو تصوير. والالتزام بتقديم حساب أو مستندات والتزام شركة الكهرباء بتوصيل التيار الكهربي

للمستهلك، والتزام مصلحة الضرائب بتقديم ملف الممول. ففي هذه الحالات وما يماثلها يجوز الحكم على المدين بمبلغ نقدي عن كل فترة يتأخر فيها عن تنفيذ التزامه .

ويمكن أيضا الحكم بغرامة تهديدية على المدين لإجباره بإزالة عمل يخالف التزامه بالامتناع عن القيام به إذا كان لالتزام المدين طابعاً مستمرا بما في ذلك أن يتعهد الفنان بعدم العمل على مسرح آخر، ثم يخالف تعهده وعندئذ يمكن الالتجاء للتهديد المالي كوسيلة لحمله على الامتناع عن الاستمرار في المخالفة مستقبلاً .

ويبقى أن نوضح أن مجال الغرامة التهديدية يشمل الالتزامات جميعاً سواء كان مصدرها إرادي، كعقد أو غير إرادي، كنص القانون. وعليه، يمكن الالتجاء إلى الحكم بها مثلاً لإجبار الجار على إزالة مضار الجوار غير المألوفة [1]. ومصدر الالتزام هو نص القانون. ويجوز الالتجاء إليها لإجبار الزوج على الوفاء بدين النفقة، ومصدر الالتزام نص القانون .

ويظل التساؤل بعد ذلك مطروحاً هل يمكن للقاضي الحكم بغرامة تهديدية لحمل شاغلي الأماكن بدون وجه حق على إخلائها، إذا امتنعت جهة الإدارة عن تنفيذ حكم الإخلاء ؟ وهل يمكن استعمال التهديد المالي لحمل بائع العقار طبقات على إزالة ارتفاعات البناء، إذا امتنعت جهة الإدارة على تنفيذ الحكم بالإزالة ؟ وهي مسألة تتعدى نطاق دراستنا – وعرضنا لها على سبيل الاستطراد النظري البحت .

---

[1] ومصدر الالتزام هو نص القانون .

الشرط الثالث : ألا يكون فى الحكم بالغرامة التهديدية مساس بالحق الأدبى للمؤلف :

٢١ - عنصران فى الحقوق الذهنية، دفعت بالبعض بحق إلى تسميتها بالحقوق المختلطة [١] هما : العنصر المادى أو المالى وبه يخول للمؤلف الاستغلال المالى لمصنفه أى بيعه، أو تأجيره، أو التنازل عنه بمقابل أو بدون مقابل. والعنصر الأدبى وقوامه حق المؤلف فى نشر مصنفه أو عدم نشره، أو سحبه من النشر، ونسب المصنف إليه باسمه أو باسم مستعار، والحق الأدبى لا يجوز التصرف فيه. ولا التنازل عنه، ولا يسقط بالتقادم فهو حق غير مالى .

الاعتراف بالحق الأدبى للمؤلف يستتبع إذن التسليم بحقه وحده فى تقرير نشر المصنف أو عدم نشره، أى لا يمكن إجباره على النشر. وبذا، إذا اتفق المؤلف على نشر مصنفه، وانتهى من وضع المصنف، فلا يجوز للناشر الالتجاء إلى القضاء لإجباره على تسليم العمل، ولا يمكن الاستعانة بالغرامة التهديدية لحمله على ذلك. ففى الإجبار إهدار للحقوق الأدبية للمؤلف، ولا يكون للناشر بعد ذلك سوى المطالبة بالتعويض عما أصابه من ضرر .

والمهم أنه إذا توافرت الشرائط الثلاثة، أمكن الحكم بالغرامة التهديدية لحمل المدين على تنفيذ التزامه. ويمكن طلب الحكم بالغرامة التهديدية فى أية حالة كانت عليها الدعوى ولو لأول مرة أمام محكمة الاستئناف من دون أن يعتبر طلباً جديداً لا يجوز توجيهه أمام هذه المحكمة [٢] .

---

[١] حتى لو أطلق عليها " حقوق الملكية الفكرية " بقانون ٨٢/ ٢٠٠٢ خضوعا للاتفاقية الدولية لحماية حقوق الملكية الفكرية المعروفة اختصارا باسم Trips . إذ تبقى لها جميعا عنصريها المادى والأدبى .

[٢] عبدالمنعم البدراوى / ص ٣٧ / بند ١٨ .

وللقاضــي الاســتجابة إلــي طلب الدائن بالحكم بالغرامة التهديدية إذا توافرت شرائطها كما يكون له رفض الحكم بها، من دون أن يخضع فى ذلك لرقابة محكمة النقض. بينما تقدير المحكمة لمدى توافر شروط الحكم بالتهديد المالى أو عدم توافرها مسألة قانونية تخضع فيها لرقابة محكمة النقض .

ثانيا – خصائص الحكم بالغرامة التهديدية :

٢٢ – الحكم بالغرامة التهديدية تهديدى comminatoire ، يقدر بمبالغ تفوق الأضرار التى تصيب الدائن جراء التأخر فى تنفيذ الالتزام. وبذا يختلف عن التعويض التأخيرى .

وتــتحدد – فيما رأينا عن كل فترة يتأخر فيها المدين عن التنفيذ، وهى لذلك ليست ديناً محققاً على المدين .

والحكــم بها كذلك مؤقت provisoire يجيز للمحكمة إعادة النظر فيه وتختلف لذلك عن الأحكام النهائية .

ونعرض لخصائص الغرامة التهديدية تفصيلاً فيما يلى :

أ – الحكم بالغرامة التهديدية تهديدى :

٢٣ – إذا انتهينا بأن الغاية من التهديد المالى أن تكون وسيلة للقهر تستخدمها المحكمــة لحمل المدين على التنفيذ العينى. وبذا، يكون الحكم بها تهديدى لا يقــدر علــى أساس الضرر الذى يصيب الدائن جراء التأخير فى التنفيذ، بل يقاس بدرجة تعنت المدين. ويتفرع عن ذلك نتائج ثلاث :

الأولى. أن مقدار الغرامة يزيد كلما كان المدين موسراً، ويقل كلما كان المدين غير موسر .

أن الغـرامة الـتهديدية تخـتلف عن التعويض التأخيرى. فبينما تحدد الغرامة التهديدية عادة بمبلغ كبير لا يتناسب إطلاقاً مع الضرر الذى يصيب الدائـن مـن تأخر المدين فى التنفيذ. فإن التعويض التأخيرى تقدره المحكمة علـى قـدر الضـرر ولا يغـير من ذلك أن التعويض التأخيرى كالغرامة التأخـيرية يحسـب علـى أساس كل يوم يتأخر فيه المدين عن التنفيذ. وإن خلطت المحكمة بين التهديد المالى، والتعويض التأخيرى تعين النظر فيما إذا كـان المـبلغ المحكوم به يساوى مقدار الضرر الذى أصاب الدائن، فنكون بصدد تعويض تأخيرى فإن كان المبلغ المحكوم به يفوق الضرر الذى أصاب الدائن، كان الحكم غرامة تهديدية .

وتفـريعاً عن التمييز بين الغرامة التهديدية والتعويض التأخيرى، يكون لقاضـى الأمور المستعجلة الحكم على المدين بالغرامة التهديدية إذا توافرت الشرائط الأخرى فيما لا يكون له الحكم بالتعويض .

والنتـيجة الثانـية، التى تترتب على خاصية التهديد، أنه يجوز للقاضى إعـادة الـنظر فى مقدار الغرامة المحكوم بها إذا وجد تعنتاً من المدين ولذا نصـت الفقـرة الثانـية من المادة ٢١٣ مدنى على أنه للقاضى أن يزيد فى الغرامة كلما رأى داعياً لذلك .

والنتيجة الثالثة، أن التهديد، وسيلة غير مباشرة لحمل المدين على التنفيذ العيـنى وبـذا تختلف من هذه الزاوية عن الحجز. وهو وسيلة مباشرة من وسائل التنفيذ. به يستوفى الدائن حقه من أموال المدين .

- الحكم بالغرامة التهديدية مؤقت :

٢٤ - الحكـم بالـتهديد المـالى حكم مؤقت، يرجع فيه القاضى بالزيادة أو بالـنقص، وهـو لذلك لا يتعارض مع قاعدة قوة الشىء المقضى. فإن رأى

القاضى أن مقدار الغرامة ليس كافياً لإكراه المدين الممتنع عن التنفيذ جاز له أن يـــزيد فى الغرامة كلما رأى داعياً للزيادة. ذلك أن الغرض، حمل المدين علـــى الوفـــاء. فـــإن قام المدين بتنفيذ التزامه كان للمحكمة تصفية الغرامة المحكـــوم بهـــا، دون أن تكـــون ملزمة بالتقدير الذى انتهت إليه فى البداية للغـــرامة الـــتهديدية. بـــل إنها تنقص مقدار مبلغ الغرامة بما يجعله مساوياً للضـــرر الذى أصاب الدائن من جراء التأخير فى التنفيذ اعتباراً بأن مقصود الحكم بالغرامة التهديدية، حمل المدين على التنفيذ العينى، وقام بذلك، وعندها يكـــون للمحكمـــة إنقـــاص مقدار التهديد المالى وإذا أصر المدين على عدم التنفيذ، فيجب على القاضى إعادة النظر فى حكمه بالغرامة التهديدية مراعياً فـــى ذلـــك مدى الضرر الذى أصاب الدائن، والعنت الذى بدا من المدين بما يجعل الغرامة التهديدية بمثابة تهديد حقيقى وفعال للمدين [١] .

ولـــذا، ورد نـــص المـــادة ٢١٤ صريحاً، إذا تم التنفيذ العينى، أو أصر المديـــن على رفض التنفيذ حدد القاضى مقدار التعويض الذى يلزم به المدين مراعياً فى ذلك الضرر الذى أصاب الدائن، والعنت الذى بدا من المدين .

ج – الحكم بالغرامة التهديدية غير محدد :

٢٥ – تتحدد الغرامة التهديدية عن كل فترة يتأخر فيها المدين عن التنفيذ أى عـــن كل يوم أو أسبوع أو شهر. وبذا فإن مجموع الغرامة يتزايد كلما تأخر المدين عن التنفيذ ولا يمكن معرفته .

وعلـــى أية حال فمبلغ الغرامة التهديدية ليس ديناً محققاً فى ذمة المدين وبالـــتالى فهـــو حكم غير واجب التنفيذ. بل يتعين على الدائن الانتظار إلى

---

[١] عبدالحى حجازى / ص ١٨٤ .

تصـــفية الموقف. فإن انتهت المحكمة إلى تعويض الدائن عن عدم التنفيذ أو من التأخر فيه كان الحكم واجب التنفيذ متى أصبح نهائياً .

ثالثاً - تقدير. نظام التهديد المالى :

٢٦ - قدمـــنا بأن الغرامة التهديدية كوسيلة غير مباشرة تلجأ إليها المحكمة للضـــغط علـــى المدين من الناحية المالية، وحمله على التنفيذ قامت تاريخيا بدور لا يمكن تجاهله بعد أن اندثر الإكراه البدنى contrainte par corps فى المجتمع المعاصر كوسيلة مباشرة للوفاء [١] .

والغرامة التهديدية، وهي من إبداع القضاء الفرنسى كما أشرنا، وجهت إليها انتقادات أهمها أن المحاكم، كانت تلجأ عند تقدير التعويض النهائى، أى عند تصفية الغرامة التهديدية إلى إعفاء المدين من جانب منها بحيث لا تلزمه إلا بمـــا يـــوازى مقـــدار الضرر الذى أصاب الدائن عن عدم التنفيذ أو عن التأخير فى التنفيذ بما دفع المدين وهو يعلم أن المحكمة ستقوم بالتخفيض إلى عدم الاهتمام بها، فأصبحت غير رادعة .

ورداً علـــى ذلك لجأت بعض المحاكم إلى الحكم بغرامة تهديدية قطعية definitive لا تعيد النظر فى قيمتها، ولا تخفضها عند التصفية النهائية لكن محكمـــة النقض الفرنسية قضت بعدم قانونية الغرامة التهديدية القطعية على سـند بأنهـــا إذا لم يعاد النظر فيها - تنقلب إلى عقوبة مدنية فضلاً عن أنها تتناقض وخاصية التأقيت فى الحكم بالغرامة التهديدية [٢] .

---

(١) ألغى فى فرنسا بمقتضى قانون ٢٢ يوليو ١٨٦٧ وليس له وجود فى مصر سوى فى دين النفقة. والغرامات والتعويضات والمصاريف الجنائية. أما فى الالتزامات المدنية. فإن مال المدين لا جسده هو الضامن للوفاء بديونه .

(٢) Civ . 27 fevrir 1953 / D.S. 1953-1-P.196 .

وفى القانون المصرى حرص المشرع على أن يكون نظام التهديد المالى فعالا. وحقيقيا، فنص على أن القاضى عند تصفية الغرامة التهديدية يجب أن يـراعى ليس فقط الضرر الذى أصاب الدائن عن عدم التنفيذ أو عن التأخير فى التنفيذ وإنما كذلك مدى العنت الذى بدا من المدين (١) .

كـذا، فللحكـم بالغرامة التهديدية أثر نفسى على المدين بدفعه إلى تنفيذ الالتزام. وهو أثر لا يمكن تجاهله ولا إنكاره .

الفرع الثانى - تنفيذ الالتزام بطريق التعويض

نصوص مبعثرة، تعليق وإحالة وتقسيم :

٢٧ – فـى المادة ٢١٥ مدنى أنه " إذا استحال على المدين أن ينفذ الالتزام عيناً حكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه. ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ قـد نشأت عن سبب أجنبى لا يد له فيه، ويكون الحكم كذلك إذا تأخر المدين فى تنفيذ التزامه .

---

(١) وفـى الأعمـال التحضيرية للمادة ٢١٤ مدنى أن " الحكم الصادر بالغرامة التهديدية حكم مؤقت، تنتفى علة قيامه متى اتخذ المدين موقفاً نهائياً منه : إما بوفائه بالالتزام وإما بإصـراره علـى التخلف. فإذا استبان هذا الموقف وجب على القاضى أن يعيد النظر فى حكمه ليفصل فى موضوع الخصومة. فإذا كان المدين قد أوفى بالتزامه حط عنه الغرامة إزاء اسـتجابته لمـا أمر به وألزمه بتعويض عن التأخر لا أكثر. وإن أصر المدين على عـناده نهائيا قدر التعويض الواجب عن الضرر الناشىء عن عدم الوفاء. ولكن ينبغى أن يراعى فى هذا التقدير ما يكون من أمر ممانعة المدين تعنتا باعتبار هذه الممانعة عنصرا أدبـيا مـن عناصر احتساب التعويض، وفى هذا النطاق يتمثل لب نظام الغرامات المالية ومعقل القوة فيه " مجموعة الأعمال التحضيرية / ج ٢ / ص ٥٤٠ .

وتقضى المادة ٢١٨ بأنه لا يستحق التعويض إلا بعد إعذار المدين ما لم ينص على غير ذلك .

وتنص المادة ٢١٩ على أن إعذار المدين يكون بإنذاره أو بما يقوم مقام الإنذار ويجوز أن يتم الإعذار عن طريق البريد على الوجه المبين فى قانون المرافعات، كما يجوز أن يكون مترتباً على اتفاق يقضى بأن يكون المدين معذراً بمجرد حلول الأجل دون حاجة إلى أى إجراء آخر .

وفى المادة ٢٢٠ لا ضرورة لإعذار المدين فى الحالات الآتية :
أ - إذا أصبح تنفيذ الالتزام غير ممكن أو غير مجد بفعل المدين .
ب - إذا كان محل الالتزام تعويضاً ترتب على عمل غير مشروع .
ج - إذا كان محل الالتزام رد شىء يعلم المدين أنه مسروق أو شىء تسلمه دون حق وهو عالم بذلك .
د - إذا صرح المدين كتابه أنه لا يريد القيام بالتزامه .

ونصت المادة ٢٢٣ على أنه يجوز للمتعاقدين أن يحددا مقدماً قيمة التعويض بالنص عليها فى العقد أو فى اتفاق لاحق ويراعى فى هذه الحالة أحكام المواد ٢١٥ إلى ٢٢٠ مدنى .

٢٨ - وقبل التعليق على النصوص المذكورة ننوه بمسألتين : الأولى أن التعويض على نوعين : تعويض عن عدم التنفيذ، يحل محل التنفيذ العينى للالتزام لكنه لا يجتمع معه. وتعويض عن التأخير فى التنفيذ يجتمع مع التنفيذ العينى للالتزام ويقصد به جبر الضرر الذى أصاب الدائن جراء التأخير فى التنفيذ. ويحوز للمحكمة فى نظر البعض عند عدم تنفيذ الالتزام أن تحكم بتعويض الدائن عن عدمه التنفيذ فى ذاته وبتعويضه عن التأخير فى

تنفيذ الالتزام. وعندنا أنهما فى الحقيقة تعويض عمه الضرر الذى أصاب الدائن محمولا على الأمرين معاً. أى عدم التنفيذ. والتأخير فيه .

والمسألة الثانية أن الالتزام بتعويض الدائن لا يحل محل الالتزام الأصلى، بل الأصح أنه طريق لتنفيذ الالتزام الأصلى. ويترتب على هذا نتيجة مفادها بقاء الضمانات المقررة للالتزام " شخصية أو عينية " قائمة تضمن الوفاء بالتعويض .

وأخذاً من المادة ٢١٥ فإنه لا يصار لتنفيذ الالتزام عن طريق التعويض إلا إذا اختلت شرائط التنفيذ العينى للالتزام : أى إذا أصبح التنفيذ العينى مستحيلاً بفعل يرجع إلى المدين، أو إذا كان التنفيذ العينى بذاته ممكناً لكن فيه إرهاق للمدين. ولا ينشأ عن ذلك ضرر جسيم بالدائن، وكذا إذا كان التنفيذ العينى للالتزام غير ممكن أو غير ملائم إلا إذا قام به المدين شخصياً ولم تجد الغرامة التهديدية لحمل المدين على الوفاء .

واشترط المشرع فى المادة ٢١٨ الإعذار لاستحقاق التعويض. فضلاً عن شرائط قيام المسئولية المدنية بنوعيها " أى العقدية أو التقصيرية " وتتمثل فى الخطأ والضرر وعلاقة السببية .

وعرضت المادة ٢٢٣ مدنى وما بعدها للتعويض الاتفاقى أو الشرط الجزائى، وهو محض تقدير للتعويض يتم الاتفاق عليه قبل وقوع الضرر فعلاً سواء فى العقد نفسه أو فى عقد لاحق. ويتميز الشرط الجزائى – على ما سنرى حالاً – بأنه تابع للالتزام الأصلى كما أنه التزام احتياطى لا يتم الالتجاء إليه إلا عند عدم تنفيذ الالتزام عيناً، وهو فى كل الحالات تقدير جزافى للتعويض. ويكون للمحكمة سلطة فى تخفيض الشرط الجزائى فى حالات معينة .

وتناولـت المادة ٢٢٦ مدنى وما بعدها التعويض القانونى أو ما يسمى بفوائد التأخير القانونية، ولا يشترط لاستحقاقها أن يثبت الدائن أن ضرراً قد لحقه من التأخير في التنفيذ .

٢٩ - وبالنظر لعرضنا لأحكام المسئولية المدنية، فإننا نحيل إليها .

كما نحيل في كيفية تقدير التعويض القضائى على الجزء الخاص بالمصادر غير الإرادية للالتزام. فلا يبقى - والحال هذه - سوى الإعذار والتعويض الاتفاقى، والتعويض القانونى، نعرض لها تفصيلاً .

المحور الأول - الإعذار : La Mise-en-demeure

تمهيد وتقسيم :

٣٠ - التعويض لا يستحق إلا بعد إعذار المدين، والإعذار يتم بطرق معينة رسمها المشرع فى المادة ٢١٩، وثمة حالات لا ضرورة فيها للإعذار - وأخيراً فإن الإعذار يرتب نتائج معينة .

ونوزع دراستنا في الإعذار على محاور ثلاثة : الأول فى ماهية الإعذار وكيفيته والثانى فى الحالات التى لا ضرورة فيها للإعذار - والثالث فى آثار إعذار المدين .

أولا - ماهية الإعذار - كيفيته :

٣١ - الإعذار، وضع المدين موضع المقصر فى تنفيذ التزامه، أى سواء تعلق الأمر بعدم التنفيذ أصلاً أو بالتأخير فى تنفيذ الالتزام .

• والإعذار عمل إيجابى يصدر عن الدائن يعبر به عن نيته فى اقتضاء التنفيذ، وعن عدم تسامحه مع المدين فى التأخير عن تنفيذ الالتزام فالمشرع

قد افترض – إن لم يقم الدائن بإعذار المدين [1] فى تنفيذ الالتزام أنه لا يتضرر من التأخير. أو لا يشكو من عدم قيام المدين بالتنفيذ فى موعده .

وبالإعذار، ينبه الدائن مدينه إلى مصلحة الأول فى استيفاء حقه، ويلفت نظره خصوصاً بأن التأخير فى التنفيذ يضر بمصلحته بما يرتب أثره فى مواجهة المدين .

وللإعذار أهمية خاصة فى مواجهة المدين، والدائن على السواء فالأول من المهم أن يعلم مقدماً بما سيتخذ ضده من إجراءات قضائية. يستطيع تفاديها بتنفيذه للالتزام، خصوصاً أنه قد لا يكون قاصداً عدم التنفيذ ولا التأخير فيه بل هو السهو أو النسيان .

وبالنسبة للدائن، مهم أن يعلم مدينه مدى مصلحته فى تنفيذ الالتزام وعدم التأخير فيه، بما يسقط كل عذر للمدين إذا لم يقم بتنفيذ الالتزام بعد ذلك .

وبين تنبيه المدين لتنفيذ الالتزام، وبيان مصلحة الدائن فى التنفيذ، ينعكس الأمرين على حالات لا ضرورة فيها للإعذار، أى أنه يستغنى عن الإعذار إذا لم يكن ثمة حاجة لتنبيه المدين، ولا لبيان مصلحة الدائن فى التنفيذ .

ويكون إعذار المدين بإنذاره، أو بما يقوم مقام الإنذار. ويجوز أن يتم الإعذار عن طريق البريد، كما يجوز أن يكون مترتباً على اتفاق بين الدائن والمدين بأن حلول الأجل بمثابة إعذار .

ونلفت النظر بهذا الصدد لمسألتين : الأولى أن الإعذار ليس له شكل رسمى معين، وأن الإنذار هو الإجراء العادى الذى يتم به الإعذار .

---

[1] عبدالمنعم البدراوى / ص ٥٠ / بند ٢٧ .

والثانية أنه لا يصح الخلط بين الإنذار Interpellation وبين الإعذار La Mise-en-demeure . فــالأول يــدل علــى الإعذار الذى يتم بورقة رسمية عن طريق موظف قضائى هو المحضر. والثانى أوسع نطاقاً إذ يشمل الإعذار بورقة رسمية. أو بما يقوم مقامها، عن طريق البريد مثلاً على الوجه الذى رسمه قانون المرافعات .

٣٢ – والأصــل فــى المادة ٢١٩ أن يتم الإعذار أولاً بإنذار الدائن للمدين. والإنــذار ورقة رسمية من أوراق المحضرين يعلنها الدائن للمدين يبين فيها صــراحة وجوب تنفيذ الالتزام. يمكن أن يتسلمه المدين، أو أى شخص فى موطنه، أو تسلم إلى جهة الإدارة على الوجه الذى رسمه قانون المرافعات .

٣٣ – ويمكن أن يتم الإعذار بما يقوم مقام الإنذار من الأوراق الرسمية بما فى ذلك مثلاً التنبيه الرسمى commandement الذى يسبق الحجز، وكذلك محضر الحجز وصحيفة الدعوى أو المطالبة القضائية citation en justice

ويجوز أن يتم الإعذار بطريق البريد، إنما على الوجه الذى رسمه قانون المرافعات وفيها يتم الإعلان من الدائن للمدين عن طريق الموظف القضائى، بطريق البريد مع علم الوصول .

. وأخيراً يمكن أن يكون الإعذار، بحلول أجل التنفيذ. أى باتفاق المتعاقدين علــى أن المدين يعتبر معذراً بمجرد حلول الأجل دون حاجة إلى أى إجراء آخــر ويجــوز – من باب أولى – أن يكون الإعذار بكتاب غير رسمى، أو بإخطار شفوى طالما اتفق الأطراف على ذلك .

وإذا كــانَ المشرع يشترط الإعذار بورقة رسمية، كأصل عام. فإن ذلك لا ينصرف إلا للمسائل المدنية. ففى المسائل التجارية يجرى الإعذار بورقة

غير رسمية بل إن مجرد إخطار الدائن لمدينه شفويا يكفى لإعذاره. إذا جرى العرف التجارى بذلك .

ثانياً – حالات يستغنى فيها عن الإعذار :

٣٤ – إذا كانــت القاعدة فيما رأينا – أن الإعذار شرط لاستحقاق التعويض. وبأن سكوت الدائن عن إعذار المدين يمكن أن يفسر على أنه تسامح منه أو إقرار ضمنى بأنه لا يتضرر من التأخر فى التنفيذ .

فإنــه يســتثنى من هذه القاعدة استثناءات عدة ورد النص عليها بالمادة ٢٢٠ مدنى هى :

أ – الاستثناء الأول – إذا أصبح تنفيذ الالتزام غير ممكن أو غير مجد بفعل المدين :

الغاية من الإعذار دعوة المدين لتنفيذ التزامه. وبدهى ألا يكون ثمة داع للإعذار إذا أصبح تنفيذ الالتزام مستحيلاً لخطأ من المدين. وفى هذا الفرض يكون المدين مسئولاً عن نتائج عدم تنفيذ الالتزام دون حاجة للإعذار. أما إذا استحال تنفيذ الالتزام لسبب أجنبى لا يد للمدين فيه، فإن الالتزام ينقضى بقوة القانون de Plein droit ولا يكون المدين مسئولاً بأى تعويض .

٣٥ – ويضــرب الفقه مثلاً على استحالة التنفيذ بفعل يرجع إلى المدين، أن يترك المحامى ميعاد الاستئناف ينقضى دون رفعه. وأن يبيع البائع " المنقول " إلــى مشــتر ثان يحوزه بحسن نية فيملكه بقاعدة الحيازة فى المنقول سند الحائــز أو يبــيع البائع العقار مرة أخرى إلى مشتر ثان، فيسارع بتسجيله وتنــتقل إلــيه الملكــية ويصبح بالتالى التزامه بنقل الملكية للمشترى الأول مستحيلا وكذا، أن يكون التزام المدين بالامتناع عن عمل، ويأتى المدين هذا

العمل ومن هذه الفروض وغيرها يصبح تنفيذ الالتزام مستحيلا بخطأ المدين. ولا حاجة لاستحقاق التعويض لإعذاره .

كذا، لا ضرورة للإعذار إذا أصبح تنفيذ الالتزام غير مجد بفعل المدين بما فى ذلك مثلاً أن يتعهد الترزى بإتمام فستان الزفاف يوم العرس ولا ينتهى منه إلا بعد فوات الميعاد. وأن يتعهد الموسيقى على إحياء فعل يفوت ميعاده. وأن يتم المقاول بناء دار العرض بعد انتهاء ميعاد المعرض .

فى هذه الفروض، وغيرها أصبح تنفيذ الالتزام غير مجد لخطأ من المدين لا يشترط لاستحقاق التعويض عنه إعذاره .

كذا لا حاجة للإعذار فى العقود المستمرة أو الزمنية إذا تخلف المدين فيها عن عدم تنفيذ التزامه لفترة من الزمن. فما مضى من الزمن لا يمكن أن يعود، ويعوض عنها الدائن دون حاجة لإعذار مدينه. ويعتبر ذلك بمثابة تعويض ليس عن التأخر فى التنفيذ وإنما عن عدم التنفيذ الجزئى لالتزام المدين .

ب - الاستثناء الثانى - أن يكون محل الالتزام تعويضاً ترتب على عمل غير مشروع :

٣٦ - المقصود بذلك أنه لا حاجة للإعذار سوى فى الالتزامات غير التعاقدية فإن كان الالتزام مصدره العقد نشأت الحاجة إلى إعذار المدين، لتنبيهه من ناحية. ولبيان مصلحة الدائن من تنفيذ الالتزام من ناحية أخرى .

أما فى الالتزامات الناشئة عن الفعل الضار " المسئولية عن العمل غير المشروع " أو الفعل النافع " الإثراء على حساب الغير بدون سبب فإنها تنشأ وتتولد آثارها فى مواجهة المدين بمجرد نشوئها. وقد أورد المشرع تطبيقين

على ذلك : الأول أنه لا ضرورة للإعذار حيث يكون محل الالتزام تعويضا عن عمل غير مشروع. والثانى أنه لا محل للإعذار إذا كان محل الالتزام رد شــيء يعلــم المدين أنه مسروق أو شيء تسلمه دون حق وهو عالم بذلك. والأولـــى، أى حيــث يكــون العمل غير مشروع، ينشأ الالتزام بالتعويض، وتترتــب آثــاره بمجرد نشوئه ولا حاجة إذن للإعذار. وفى الثانية لا يصح عقــلاً إعــذار السارق برد الشيء المسروق، ولا إعذار من تسلم شيئاً بدون وجه حق برده وهو عالم بذلك. فالسارق، والمتسلم – سيء النية يلتزم بالرد، أو بالتعويض بدون حاجة للإعذار .

٣٧ – ونلفــت الــنظر بــأن المشــرع عرض للعمل غير المشروع، ورد المسروق، وغير المستحق فى الفقرتين أ ، و ب ، وكان يمكنه اختزالهما فى عــبارة واحدة تقضى بعدم الحاجة إلى الإعذار فى الالتزامات غير التعاقدية. وليس من المهم بعد ذلك أن يكون مصدر الالتزام هو الفعل الضار، أو الفعل الــنافع. بوصــفها مســائل تفصيلية Points detaillès يجدر تركها للفقه والقضاء ليزدهرا .

ومردود على ذلك بأن عبارة الاستغناء عن الإعذار فى الالتزامات غير الــتعاقدية خادعــة أو مضــللة قد ينصرف الذهن فيها بمفهوم المخالفة بأن الإعــذار ضرورى لاستحقاق التعويض فى جميع الالتزامات التعاقدية. وهو غــير صــحيح فقــد نص المشرع – فى بعضها على عدم الحاجة للإعذار لترتيب بعض الآثار القانونية بما فى ذلك مثلاً أن الوكيل ملزم بفوائد المبالغ الــتى استخدمها لصالحه من وقت استخدامها فى المادة ٧٠٦/ ٢ مدنى. أى دون حاجة لإعذاره بذلك .

ونــص على إلزام الموكل بأن يرد للوكيل ما أنفقه فى تنفيذ الوكالة مع فوائــد هــذه المبالغ من يوم إنفاقها – أى دون حاجة لإعذار – المادة ٧١٠

مدنى والرأى عندنا دائما أن عبارة الاستغناء عن الإعذار فى الالتزامات غير التعاقدية ما لم يوجد نص على خلاف ذلك، كانت تغنى عما ورد بالفقرتين ب، و ج من المادة ٢٢٠ على عدم الإعذار فى التعويض عن العمل غير المشروع، ولا عن رد غير المستحق. أو رد الشىء المسروق .

وكان يمكن للتحفظ المذيل به العبارة أن يستوعب الحالات الخاصة التى يستغنى فيها عن الإعذار فى عقد الوكالة .

وكان يمكن لعبارة الاستغناء عن الإعذار فى الالتزامات غير التعاقدية أن تظهر بشكل جلى أحد أهم الاختلافات بين نوعى المسئولية المدنية وهو الإعذار (١) .

ج - الاستثناء الثالث : أن يصرح المدين كتابة أنه لا يريد القيام بالتزامه :

٣٨ - الهدف من الإعذار دعوى المدين لتنفيذ التزامه نظراً لأهمية التنفيذ للدائن وعدم تسامحه عن عدم التنفيذ .

ولا حاجة للإعذار إذن إذا صرح المدين كتابة برفض التنفيذ حيث لا جدوى منه .

ويجب أن يصدر تصريح المدين، بعدم رغبته فى التنفيذ كتابة .

والقصد من الكتابة الإثبات لا صحة التصريح. بحيث يمكن إثبات مسلك المدين عن طريق وسائل الإثبات الأخرى بما فى ذلك الإقرار .

ويبقى التساؤل بعد ذلك قائماً عما إذا كان الإعذار شرطاً لاستحقاق التعويض عن التأخير فى التنفيذ فقط أو عن عدم التنفيذ ؟

---

(١) أحمد الزقرد / المسئولية المدنية / ط ٢٠٠٥ / ص ٩ وما بعدها .

ظاهر نص المادة ٢١٨ مدنى لا يفرق بين التأخير فى التنفيذ وعدم التنفيذ. فقد وردت عباراتها عامة " لا يستحق التعويض إلا بعد إعذار المدين. والقاعدة أن العام يظل على عمومة ما لم يرد ما يخصصه. فيكون الإعذار شرطاً عن استحقاق التعويض بعمومة أى عن التأخير فى تنفيذ الالتزام وعن عدم التنفيذ .

وثمة اتجاه فقهى لا يعتد بعموم النص، بل بالحكمة منه فيرى بأن الإعذار شرط لاستحقاق التعويض عن التأخير فى التنفيذ وليس عن عدم التنفيذ. فالغاية من الإعذار نفى مظنة تسامح الدائن قبل المدين عن التأخير فى التنفيذ وبالإعذار يضعه موضع المقصر بتأخيره فى التنفيذ .

أما عدم التنفيذ، فلا يقوم بشأنه ذات الحكمة أى لا يفترض أن سكوت الدائن إقرار ضمني عن رضائه بعدم التنفيذ. وبذا يستحق الدائن التعويض عن عدم تنفيذ الالتزام بصرف النظر عن إعذار المدين أو إعذاره. وعن جميع الإضرار أى السابقة أو اللاحقة على الإعذار، بعكس التعويض عن التأخير فى التنفيذ الذى لا يشمل سوى الإضرار التى تصيب الدائن لاحقه على إعذاره للمدين ولا يشمل الإضرار التى تصيب الدائن فى الفترة السابقة على الإعذار. وبعبارة أخرى لا يكون المدين مسئولاً عن التأخير فى التنفيذ حتى يحصل إعذاره .

٣٩ – وبين الاعتداد بعموم النص، أو الحكمة منه، نتجه للأولى فنشترط الإعذار لترتيب آثاره باستحقاق التعويض عن عدم التنفيذ أو عن التأخير فى التنفيذ. ولو أراد المشرع اشتراط الإعذار للتعويض عن التأخير فى تنفيذ الالتزام فقط، لنص عليه صراحة، أما ولم يقم بذلك، فلا مناص من الاعتداد بعموم النص. فلا يكون المدين مسئولاً عن عدم التنفيذ ولا عن التأخير فيه حتى يحصل إعذاره .

ثالثا : آثار الإعذار :

٤٠ - نـــتائج قانونية ثلاث تترتب على إعذار الدائن لمدينه بتنفيذ الالتزام : الأولـــى انتقال تبعة الهلاك من الدائن إلى المدين. أو بالعكس من المدين إلى الدائـــن. وقـــد أورد المشرع تطبيقاً على ذلك بالمادتين ٢٠٧ ، و ٤٣٧ من القانون المدنى. وبالأولى، إذا التزم المدين أن ينقل حقاً عينياً أن يقوم بعمل، وتضمن التزامه أن يسلم شيئاً ولم يقم بتسليمه بعد أن أعذر، فإن هلاك الشىء يكون عليه ولو كان الهلاك قبل الإعذار على الدائن .

ومع ذلك لا يكون الهلاك على المدين ولو أعذر إذا أثبت أن الشىء كان يهلك كذلك عند الدائن لو أنه سلم إليه ما لم يكن المدين قد قبل أن يتحمل تبعة الحوادث المفاجئة .

وفى هذا الفرض تنتقل تبعة الهلاك من الدائن إلى المدين وبذا، لا يتحمل مســتأجر العين المؤجرة – تبعة هلاكها بقوة قاهرة، بل يتحملها المالك فإذا كـــان مالك العين أعذر المستأجر بتسليمها ولم يسلمها الأخير ثم هلكت العين بقـــوة قاهرة كانت تبعة هلاكها على المستأجر بحيث يلتزم بالتعويض ما لم يثبت أن العين كانت تهلك فى يد المالك حتى تسلمها قبل الإعذار .

ويمكـــن أن تنتقل تبعة الهلاك كذلك بالإعذار من المدين إلى الدائن، فقد نصت المادة ٤٣٧ على أنه إذا هلك المبيع قبل التسليم لسبب لا يد للبائع فيه انفســـخ البيع واسترد المشترى الثمن إلا إذا كان الهلاك بعد إعذار المشترى لتسليم المبيع .

والمعـــنى أن المدين بالتسليم فى عقد البيع هذا البائع، وبذا يكون هلاك المبيع عليه. فإن إعذار المشترى بالاستلام ولم يتسلم المبيع كان الهلاك على الأخير وهو الدائن .

٤١ - النتيجة الثانية للإعذار هي استحقاق الدائن التعويض منذ تاريخه. أى أن المدين لا يسأل إلا عن الأضرار التى تصيب الدائن لاحقه على الإعذار أما الأضرار التى أصابته سابقى على الإعذار، فلا يسأل المدين عنها. وتفريعاً على ذلك. فليس للإعذار أثراً رجعياً، بحيث ترد آثاره من حيث استحقاق الدائن التعويض عن الفترة السابقة على القيام به .

وإذا كان التزام المدين مبلغاً من النقود، فلا يسأل عن فوائد التأخير إلا من يوم المطالبة القضائية بهذه الفوائد .

والنتيجة الأخيرة، أنه بالإعذار يستوفى الدائن بفسخ العقد الملزم للجانبين شرائط الفسخ إذا تخلف الطرف الآخر عن تنفيذ التزامه، فأخذاً من المادة ١٥٧ محمولة على المادة ١٥٨ مدنى إذا لم يقم أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه فى العقود الملزمة للجانبين، ما كان للطرف الآخر بعد إعذاره المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو بفسخه مع التعويض فى الحالتين إن كان له مقتضى، ما لم يتفق على استبعاد الإعذار .

الفرع الثانى - التعويض الاتفاقى أو الشرط الجزائى

La clause penale

تمهيد وتقسيم :

٤٢ - وردت أحكام الشرط الجزائى بالمواد ٢٢٣ إلى ٢٢٥ مدنى. والأولى نصت على المبدأ العام من حيث جواز تحديد التعويض مقدماً بالنص عليه فى العقد أو فى اتفاق لاحق. وأحالت فى ذلك للمواد ٢١٥ إلى ٢٢٠ مدنى، الخاصة بأركان المسئولية الخطأ، والضرر وعلاقة السببية. وكذا التعديل الاتفاقى لقواعد المسئولية، والإعذار. وتفريعاً على ذلك فإنه يشترط فى

لاستحقاق الشرط الجزائى توافر أركان المسئولية، فضلا عن الإعذار [١]، [٢]
وثمـة سـلطة للقاضى إزاء الشرط الجزائى، بتخفيضه فى المادة ٢٢٤، أو بزيادته فى المادة ٢٢٥ مدنى .

ونتناول بداية ماهية الشرط الجزائى وأحكامه :

أولا – ماهية الشرط الجزائى :

٤٣ – الشـرط الجـزائى la clause pénale طريقة لتقدير التعويض عن الضرر الذى يترتب على عدم تنفيذ الالتزام باتفاق طرفيه مقدماً على ذلك فى العقـد أو فى اتفاق لاحق ويتعين التمييز بدقة بين الشرط الجزائى، وأنظمة قانونـية أخـرى قـد تتشـابه معه أو تختلط به بما فيها الغرامة التهديدية، والعربون، والصلح .

فـثمة فـرق بين الشرط الجزائى والغرامة التهديدية. فالأول يتم باتفاق الدائن والمدين على مقدار التعويض بينما يصدر الحكم بالغرامة التهديدية من القاضى .

كذا. فالحكم بالغرامة التهديدية – فيما قدمنا – تهديدى، وتحكمى ووقتى، وغير محدد المقدار. ويختلف الأمر فى الشرط الجزائى، من حيث أنه اتفاق نهائى قابل للتنفيذ على مبلغ التعويض. ولا يعتبر من ذلك جواز تخفيضه فى

---

[١] أى أن الاتفاق على مقدار التعويض مقدما لا يغنى عن الإعذار. فقد قدمنا بأن الإعذار شـرط لاستحقاق التعويض. والشرط الجزائى هو اتفاق سابق على مقدار التعويض الذى ينجم عن تخلف المدين عن التنفيذ .

[٢] مـيدان الشـرط الجـزائى فى الأغلب هو المسئولية العقدية، لكنه قد يرد كذلك فى المسئولية التقصيرية أى عن العمل غير المشروع .

حالات معينة. تعتبر استثنائية. أما تخفيض مبلغ الغرامة التهديدية فهو أصل وليس استثناء لكن الشرط الجزائى يقترب من الغرامة التهديدية، عندما يكون مبلغ الشرط الجزائى أكبر من قدر الضرر الذى يصيب الدائن من جراء عدم التنفيذ .

٤٤ - كـذا تخـتلف الشرط الجزائى عن العربون. فالأول تقدير مسبق من المتعاقدين لمقدار التعويض عن الضرر من عدم التنفيذ .

فأخذاً من المادة ٢٢٤ مدنى فإن التعويض الاتفاقى لا يكون مستحقاً إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه ضرر. بينما العربون دليل على جواز العدول عن العقد. فإن عدل من دفعه فقده، وإذا عدل من قبضه رد مثليه المادة ١٠٣ مدني حتى ولو لم يترتب على العدول ضرر بالطرف الآخر. أو كان الضرر أقل من قيمة العربون .

كـذا، لا يشـترط لاسـتحقاق العربون، خطأ العادل، فالعدول محض استعمال لحق منصوص عليه في العقد. والتعويض يستحق مقابل العدول فى ذاته أما الشرط الجزائى فيفترض وقوع خطأ من المدين، ترتب عليه ضرر بالدائن كذا فإن الشرط الجزائى يجوز تخفيضه فى حالتين، حين أن العربون لا يجوز تخفيضه .

وأخـيراً، فالعربون تخيير للمدين بين تنفيذ العقد، أو العدول عنه بمقابل بينـما الشرط الجزائى فهو تقدير اتفاقى للتعويض الذى يستحقه الدائن جراء عدم قيام المدين بتنفيذ التزامه. وفيه لا يكون للمدين بالخيار بين عدم التنفيذ، مقـابل مبلغ الشرط الجزائى، وتنفيذ الالتزام. بل يتعين عليه أن يقوم بتنفيذ الـتزامه عيناً. إذا طلب الدائن ذلك وتوافرت الشرائط الأخرى للتنفيذ العينى للالتزام .

٤٥ - كـذا يختلف الشـرط الجزائى عن الصلح من حيث أن الأول تقدير اتفـاقى على التعويض، سابق على وقوع الضرر للدائن أما الصلح ففيه يتم الاتفـاق بين الطرفين على تقدير التعويض لاحقاً لوقوع الضرر وذلك لحسم النزاع بين طرفيه .

٤٦ - والشرط الجزائى من حيث أنه تقدير اتفاقى على التعويض سابق على الإخـلال بالالـتزام يميزه خصائص ثلاث : الأولى أنه التزام تابع للالتزام الأصـلى، وهـو الـتزام احتياطى لا يتعين الالتجاء إليه إلا عند عدم التنفيذ العينى وأخيراً فهو تقدير جوافى للتعويض .

أ - الالتزام بالشرط الجزافى تابع للالتزام الأصلى :

٤٧ - إذا انتهينا بأن الشرط الجزائى تقدير اتفاقى مسبق على التعويض عن عـدم تنفـيذ الالـتزام. فالمعنى أن الشرط الجزافى تابع أو Accessoire للالـتزام الأصـلى الـذى قد يتمثل فى القيام بعمل أو الامتناع عن عمل أو إعطاء شيء. ولا يقوم الالتزام التابع على استقلال عن الالتزام الأصلى .

والتسـليم بتبعية الشرط الجزائى، للالتزام الأصلى يرتب نتائج أربع : الأولـى أن بطلان الالتزام الأصلى، أو قابليته للبطلان، تنعكس على الشرط الجزائى من حيث بطلانه، أو قابليته للبطلان .

إذا انقضـى الالتزام الأصلى لاستحالة تنفيذه بسبب أجنبى انقضى معه الشرط الجزائى .

والثالثة، إذا فسخ العقد، فإن الالتزام الأصلى يسقط، ويسقط معه بالتبعية الشـرط الجـزائى. ومعنى ذلك أنه إذا أحل المدين بتنفيذ التزامه ولم يطلب الدائـن التنفيذ بمقابل أى بقيمة الشرط الجزائى، بل اختار الفسخ لا يكون له

المطالـــبة بقيمة الشرط الجزائى، ولكن يجوز له طلب التعويض عما يصيبه مـــن ضرر بسبب فسخ العقد. ما لم يكن الشرط الجزائى قد قصد منه أصلاً مواجهة الضرر الذى يصيب الدائن نتيجة الفسخ .

وأخـــيراً، فتبعية الشرط الجزائى للالتزام الأصلى تستتبع بالضرورة أن تلحق أوصاف الالتزام الأصلى بالشرط الجزائى بما فى ذلك الشرط والأجل والتضامن .

ب – الالتزام بالشرط الجزائى احتياطى :

٤٨ – المقصـــود بذلـــك أن الشرط الجزائى، تعويض اتفاقى مسبق عن عدم التنفـــيذ. والتعويض ذاته – على ما رأينا – طريق احتياطى لا يلجأ إليه إلا عند عدم التنفيذ العينى للالتزام وبذا يكون الالتزام بالشرط الجزائى احتياطياً Subsidaire .

وعليه لا يكون للدائن سوى المطالبة بالتنفيذ العينى للالتزام الأصلى ولا يكـــون للمديـــن أن يعرض الالتزام الأصلى، ولكن إذا كان الالتزام الأصلى مستحيل التنفيذ عيناً بخطأ المدين أمكن للدائن المطالبة بقيمة الشرط الجزائى، كما يستطيع المدين أن يعرضه على الدائن .

فـــإذا كان التنفيذ العينى مستحيلاً لسبب أجنبى لا يد للمدين فيه انقضى الالتزام الأصلى وانقضى معه الالتزام بالشرط الجنائى .

والتسليم بصفة الاحتياطية للشرط الجزائى يرتب نتيجة مفادها أن الشرط الجزائى ليس التزاماً بديلاً، طالما أن المدين لا يستبدل التنفيذ العينى للالتزام الأصلى بالشرط الجزائى. كذا، فالشرط الجزائى ليس التزاماً تخييراً مادام أن الدائن ليس بالخيار بين الالتزام الأصلى والشرط الجزائى فيطلب تنفيذ أيهما.

ونلفت النظر. بأن الشرط الجزائى وإن كان لا يجتمع مع التعويض. فهو بذاتــه تعويــض اتفــاقى. فثمة فرض يمكن أن يجتمع فيه الشرط الجزائى، والـتعويض. وذلك فى الحالة التى يستحق فيها الشرط الجزائى عن التأخير فى التنفيذ. فيجتمع عندئذ مع التعويض عن عدم التنفيذ .

كـذا. فالتنفيذ العينى للالتزام يمنع المطالبة بالشرط الجزائى. ما لم يكن القصد منه أن يكون تعويضاً عن التأخير فى التنفيذ .

ج – الشرط الجزائى، تقدير جزائى للتعويض :

٤٩ – الشرط الجزائى تقدير اتفاق مسبق لمقدار التعويض عن الضرر الذى يصيب الدائن من جراء إخلال المدين بالتزامه .

فلـيس الشـرط الجـزائى إذن السبب فى استحقاق التعويض بل ينشأ الـتعويض لسبب آخر، يتعلق بالالتزام الأصلى أى بعدم تنفيذه أو التأخر فى تنفيذه .

وعليه، يرتبط الشرط الجزائى بالتعويض بقدر ما يتأى عن التنفيذ العينى ويترتـب علـى ذلك نتيجتين، الأولى أنه يشترط لاستحقاق الشرط الجزائى توافـر شرائط المسئولية العقدية، من خطأ وضرر وعلاقة السببية، وإعذار المدين فى الحالات التى يلزم فيها الإعذار .

والثانـية. أنــه لا يجوز أن يكون مبلغ الشرط الجزائى تافهاً لا يتناسب البـتة مع ما يصيب الدائن من ضرر من جراء عدم تنفيذ الالتزام. إذ يخشى أن يقصــد مــنه الإعفاء من المسئولية فى حالات لا يجوز فيها الإعفاء من المســئولية. وفـى كـل الحالات فإن للمحكمة فى هذه الحالة تعديل الشرط الجزائى بزيادته إلى الحد المناسب لتعويض الضرر الذى أصاب الدائن .

ثانيا – أحكام الشرط الجزائى :

٥٠ – إذا تحققت شرائط استحقاق التعويض الاتفاقى فالأصل أن يحكم القاضى به دون زيادة أو نقصان .

ومع ذلك فقد أشير لحالتين يمكن فيها للمحكمة إما تخفيض مبلغ الشرط الجزائى أو زيادة قيمته. وعن الأولى ورد نص المادة ٢٢٤/ ٢ مدنى يجوز للقاضى أن يخفض هذا التعويض إذا أثبت المدين أن التقدير كان مبالغا فيه إلى درجة كبيرة أو أن الالتزام الأصلى قد نفذ فى جزء منه (١) .

وفى الثانية، نصت المادة ٢٢٥ بأنه إذا جاوز الضرر قيمة التعويض الاتفاقى فلا يجوز للدائن أن يطالب بأكثر من هذه القيمة إلا إذا أثبت أن المدين قد ارتكب غشاً أو خطأً جسيماً .

أ – سلطة القاضى فى تخفيض الشرط الجزائى :

٥١ – يكون للقاضى تخفيض الشرط الجزائى فى حالتين هما : إذا أثبت المدين أن الالتزام الأصلى قد نفذ فى جزء منه. فإذا كان الشرط الجزائى يعالج عدم تنفيذ الالتزام. وقام المدين بتنفيذ الالتزام فى جزء منه. فإن للمحكمة أن تخفيض مبلغ التعويض الاتفاقى بحيث يتناسب والجزء الذى تم تنفيذه من الالتزام دون أن ينعى على المحكمة تجاوز إرادة الطرفين. ويقع على المدين عبء إثبات تنفيذه لجزء من الالتزام .

ويجوز كذلك تخفيض التعويض الاتفاقى إذا أثبت المدين أن التقدير كان مبالغاً فيه إلى درجة كبيرة المادة ٢٢٤/ ٢ مدنى. وهذه الحالة لم يرد عليها

---

(١) وفى القانون الفرنسى لا يكون للقاضى تخفيض الشرط الجزائى إلا فى حالة واحدة هى قيام المدين بتنفيذ التزامه تنفيذاً جزئيا – المادة ١٢٣١ مدنى بينما تقضى المادة ١١٥٢ بعدم جواز الحكم بمبلغ أكبر أو أقل من الشرط الجزائى .

الـنص فى القانون الفرنسى الذى تحرص فيه المحاكم على عدم الحكم بمبلغ أقـل من الشرط الجزائى وقد يحتج على خطة المشرع المصرى بأن تعديل الشـرط الجـزائى بتخفيضـه يعدم الغاية مه أى من حيث كونه وسيلة لحل المنازعات فى شأن قيمة التعويض المستحق عن الإخلال بالالتزام وكان ثمة نص بالتقنين المدنى القديم يقضى بعدم تخفيض التعويض الاتفاقى .

ومـردود على ذلك بأن الضرر شرط لاستحقاق الشرط الجزائى أى أن الثانى يدور مع الأول وجوداً، وعدماً ونقصاناً .

فـإذا أثبت المدين أن الإخلال بالالتزام لم يصيب الدائن بضرر، فإنه لا يسـتحق لذلك مبلغ الشرط الجزائى. وإذا تبين بأن قيمة الضرر الذى أصيب بـه الدائـن أقل من قيمة التعويض الاتفاقى، كان للمحكمة – أخذاً من المبدأ السـابق – أن تقضى بتخفيض مبلغ الشرط الجزائى. والقول بغير ذلك يقلب الشـرط الجزائى إلى غرامة تهديدية، تخول المحكمة إعادة النظر فى قدر ما تحكم به على المدين من تعويض – على النحو الذى بسطناه أى حتى ولو لم يتخذ شكل الغرامة التهديدية [1] .

كذا، فتخفيض مبلغ التعويض الجزائى المبالغ فيه يتسق والنظر إليه بداية على أنه صدر عن إكراه أو إذعان من المدين دفعة لقبول هذه الزيادة المغالى فـيها بشـكل كبير – فيكون التخفيض إذن حماية لإرادة المدين أى بوصفه الطرف الضعيف فى العلاقة العقدية .

---

[1] إذا كـان محـل الالتزام عملا ايجابيا أو سلبياً من المدين. فإن كان التزام المدين دفع مـبلغ نقـدى إنطـوى الشـرط الجزائى المبالغ فيه إلى حد كبير على فوائد ربوية يجب تخفيضـها إلى الحد القانونى – على ما سنرى حالاً – وانظر عبدالمنعم البدراوى / ص ٩٤ بند ٦٣ .

٥٢ - ونلفت النظر إلى مسألتين : الأولى أن تخفيض الشرط الجزائى المبالغ فيه بدرجة كبيرة من النظام العام لا يجوز الاتفاق على استبعادها .

والثانـية، أن سـلطة القاضى إزاء تخفيض مبلغ الشرط الجزائى مقيدة بزيادته بدرجة مبالغ فيها عن الضرر الذى أصاب الدائن من جراء عدم تنفيذ الالـتزام. ولا ريب بأن استخدام ألفاظ مبالغ فيه إلى درجة كبيرة lorsque elle parait excessive .

يغـل يـد المحكمة عن التخفيض ما لم يكن التعويض الاتفاقى فادحاً أو فاحشاً .

ب - سلطة القاضى فى زيادة الشرط الجزائى :

٥٣ - أخـذاً من المادة ٢٢٥ مدنى يكون للقاضى زيادة الشرط الجزائى إذا أثبت الدائن بأن المدين قد ارتكب غشاً أو خطأ جسيماً .

والمعنى أنه لا يكون للدائن المطالبة بزيادة مبلغ الشرط الجزائى لمجرد تجـاوز الضـرر قيمة الشرط. ولا يكون له ذلك إلا إذا أثبت أن المدين قد ارتكـب فى الإخلال بالالتزام غشاً أو خطأ جسيماً. فالشرط الجزائى فى هذا الفـرض قد يحمل على أنه تخفيف من المسئولية وثمة حالات لا يجوز فيها الإعفاء من المسئولية أو التخفيف منها هى حالة الغش، والخطأ الجسيم .

فـإذا حملـنا نص المادة ٢٢٥ على نص المادة ٢١٧/ ٢ [١] لا يجوز للقاضى زيادة التعويض حتى ولو جاوز الضرر المبلغ المقدر إذا كان الغش

---

[١] وفـى عجـزها " ... ومع ذلك يجوز للمدين أن يشترط عدم مسئوليته عن الغش أو الخطأ الجسيم الذى يقع من أشخاص يستخدمهم فى تنفيذ التزامه .

أو الخطأ الجسيم قد وقع من الأشخاص الذين يستخدمهم المدين فى تنفيذ التزامه. ذلك أن الاتفاق على تخفيف المسئولية عن الغش أو الخطأ الجسيم جائز إذا صدر من تابعى المدين .

تقدير نظام الشرط الجزائى :

٥٤ – دور مهم يلعبه الشرط الجزائى، من حيث قطع دابر المنازعات حول تقدير التعويض. يؤثر فيه – مع ذلك – سلطة القاضى فى تخفيض مبلغه إذا وجد أنه مبالغ فيه بدرجة كبيرة حتى وإن اتسق التخفيض ومنطق العلاقة بين الشرط الجزائى، والضرر الذى يصيب الدائن من جراء عدم تنفيذ الالتزام .

كذا فالشرط الجزائى يعفى الدائن ليس فقط من إثبات الضرر، وإنما كذلك من إثبات مدى الضرر أو قيمته. فالضرر بذاته يصبح مفترضاً لمجرد تخلف المدين عن تنفيذ الالتزام بحيث يقع على عاتق المدين عبء إثبات العكس. والمفترض كذلك أن قيمة الضرر مساوية لقيمة الشرط الجزائى، وعلى من يدعى بعكس ذلك إثباته أى أن وجود الشرط الجزائى يقلب عبء إثبات الضرر من الدائن إلى المدين .

والنظام الذى أقامه المشرع المصرى للشرط الجزائى يسمح بحالات تزيد فيها قيمته عما أصاب الدائن من ضرر. فالقاضى لا تغل يده عن تخفيض الشرط الجزائى إلا إذا كان مغالى فيه إلى درجة كبيرة .

الفرع الثالث - التعويض القانونى – " الفوائد "

نصوص قانونية، تعليق وتقسيم :

٥٥ – إذا كان المشرع على ما رأينا قد عرض للتعويض القضائى بالمواد ٢١٥ إلى ٢٢٢ مدنى وللتعويض الاتفاقى بالمواد ٢٢٣ إلى ٢٢٥ فقد تناول

التعويض القانونى أو الفوائد les interêts بالمواد ٢٢٦ الى ٢٣٣. وفى الأولى منها. " إذا كان محل الالتزام مبلغا من النقود وكان معلوم المقدار وقت الطلب وتأخر المدين فى الوفاء به كان ملزما بأن يدفع للدائن على سبيل التعويض عن التأخر فوائد قدرها أربعة فى المائة فى المسائل المدنية وخمسة فى المائة فى المسائل التجارية .

وتسرى هذه الفوائد من تاريخ المطالبة القضائية بها، إن لم يحدد الاتفاق أو العرف التجارى تاريخاً آخر لسريانها. وهذا كله ما لم ينص القانون على غيره " .

بينما نصت المادة ٢٢٧ بأنه يجوز للمتعاقدين أن يتفقا على سعر آخر للفوائد سواء أكان ذلك فى مقابل تأخير الوفاء أم فى أية حالة أخرى تشترط فيها الفوائد على ألا يزيد هذا السعر على سبعة فى المائة فإذا اتفقا على فوائد تزيد على هذا السعر وجب تخفيضها إلى سبعة فى المائة وتعين رد ما دفع زائداً على هذا القدر .

وكل عمولة أو منفعة أياً كان نوعها، اشترطها الدائن إذا زادت هى والفائدة المتفق عليها على الحد الأقصى المتقدم ذكره تعتبر فائدة مستترة وتكون قابلة للتخفيض، إذا ما ثبت أن هذه العمولة أو المنفعة لا تقابلها خدمة حقيقية يكون الدائن قد أداها، ولا منفعة مشروعة .

وفى المادة ٢٢٨ أنه " لا يشترط لاستحقاق فوائد التأخير قانونية كانت أو اتفاقية أن يثبت الدائن ضرراً لحقه من هذا التأخير .

وتقضى المادة ٢٢٩ بأنه إذا تسبب الدائن بسوء نية وهو يطالب بحقه فى إطالة أمد النزاع فللقاضى أن يخفض الفوائد قانونية كانت أو اتفاقية أو لا يقضى بها إطلاقا عن المدة التى طال فيها النزاع بلا مبرر .

ونصت المادة ٢٣٠ على حالة خاصة من فوائد التأخير عند توزيع ثمن الشيء الذى بيع جبراً .

بينما نصت المادة ٢٣١ على إمكانية مطالبة الدائن إلى جانب الفوائد بتعويض تكميلى. والمادة ٢٣٢ بعدم جواز تقاضى فوائد على متجمد الفوائد وبألا يزيد مجموع الفوائد التى يتقاضاها الدائن عن رأس المال وأخيراً نصت المادة ٢٣٣ على سعر الفائدة التجارية عن الحساب الجارى .

٥٦ - والمتأمل بالنصوص السابقة يرى بداية بأن المقصود بالتعويض القانونى فوائد التأخير أى الفوائد المستحقة كتعويض عن التأخير فى تنفيذ الالتزام بمبلغ من النقود عن التاريخ المحدد للسداد. وبذا تستبعد من الفائدة، التعويض عن عدم التنفيذ .

والفوائد قد تكون اتفاقية، وقد تكون قانونية .

وثمة فرق بين الفوائد التأخيرية بالمعنى الذى بسطناه - ونوع آخر من الفوائد تسمى بفائدة الاستثمار. وتستحق مقابل انتفاع المدين بمبلغ من النقود خلال مدة معينة هى أجل السداد. وبعبارة أخرى مبلغ مقابل الأجل، أو هى أجل بمبلغ .

كأن يبيع تاجر، السيارة بمائة ألف جنيه تسدد على أقساط لمدة ثلاث سنوات نظير فائدة مقدارها ٦% سنوياً والأمر لا يخرج عن فرضين الأول أن يقوم المشترى بسداد كامل الثمن خلال أجل السداد مع فائدته المتفق عليها. أو أن يتأخر المدين عن الوفاء فى موعده وعندها يستمر سريان الفائدة بنفس سعرها المتفق عليه إلى حين اقتضاء كامل الثمن، وتصبح الفائدة - فى هذه الحالة - تأخيرية .

٥٧ - والمهم أن الفوائد على نوعين: تأخيرية تستحق كتعويض عن التأخير في تنفيذ التزام بمبلغ نقدى عن الأجل المحدد للوفاء وتكون اتفاقية أو قانونية. وفوائد استثمارية مصدرها بالضرورة هو الاتفاق لا القانون وتكون مقابل انتفاع المدين بأجل [1] وبرغم اختلاف الاثنين فى المصدر والغاية. يجمعها مع ذلك الخضوع للسعر الأقصى القانونى وقاعدتى تحريم الربح المركب، وعدم جواز زيادة مجموع ما يتقاضاه الدائن من فوائد على رأس المال .

- ثانيا - حدد المشرع بالمادة ٢٢٦ شروط استحقاق فوائد التأخير القانونية وتتمثل بأن يكون محل الالتزام دفع مبلغ من النقود، وأن يكون هذا المبلغ معلوم المقدار وقت الطلب، وأن يتأخر المدين عن السداد، وأن يطالبه الدائن بالفائدة .

٥٨ - ولا يشترط لاستحقاق فوائد التأخير، ضرر بالدائن على حد تعبير المادة ٢٢٧ مدنى وإن كانت الفوائد التأخيرية مصدرها القانون أو الاتفاق. ففى الحالة الأولى فإن سعر الفائدة يكون فى المسائل المدنية ٤% وفى المسائل التجارية ٥% فإن كانت الثانية أى إذا كان مصدر الفائدة هو الاتفاق كان سعر الفائدة فى حده الأقصى ٧% أما الفوائد الاستثمارية فمصدرها بالضرورة هو الاتفاق، ولا تزيد عن ٧% فإن زادت عن ذلك وجب تخفيضها إلى الحد الأقصى ورد ما دفع زائداً عنه حيث لو كانت الزيادة فى صورة عمولة commission أو منفعة أياً كان نوعها .

---

[1] وقد يتدخل القانون لتحديد حدها الأقصى لكنه لا يكون مصدرا لها بعكس الفوائد التأخيرية فمصدرها القانونى إن لم يوجد اتفاق عليها. ولذا، تنص المادة ٥٤٢ مدنى بأنه على المقترض أن يدفع الفوائد المتفق عليها عند حلول مواعيد استحقاقها. فإذا لم يكن هناك اتفاق على فوائد اعتبر القرض بغير أجر".

وحــتى فــي الحالات التى لا تزيد فيها الفائدة عن حدها الأقصى، نص المشرع على حالات يمكن النزول بالفائدة فيها عن الحد الأقصى هى تسبب الدائــن بسوء نية فى إطالة أمد النزاع. وتخفيض الفائدة التأخيرية بعد رسو المــزاد، ناهيك عن قاعدتي تحريم الربح المركب، وعدم جواز زيادة الفائدة على رأس المال .

وترتيباً على ذلك نوزع دراستنا فى الفوائد التأخيرية على محاور ثلاثة: الأول فــي شــرائط اســتحقاقها، والثانى فى سعر الفائدة، والثالث فى القيود القانونية على الفائدة .

المحور الأول : شروط استحقاق الفوائد التأخيرية :

٥٩ – أربعــة شــروط لــيس من بينها الإضرار بالدائن، يتطلبها المشرع لاستحقاق الفوائد التأخيرية هى :

أ – الالتزام بدفع مبلغ نقدى : [١]

٦٠ – الثابــت بأن الفوائد التأخيرية لا تكون إلا عن الالتزام بدفع مبلغ نقدى وبطــريق الاســتبعاد إذن لا تســتحق الفوائد التأخيرية عن التزام محله قيام المديــن بعمل إيجابى أو سلبى أو بنقل ملكية بل يتعين بالضرورة لاستحقاق فوائد التأخير أن يكون محل التزام المدين دفع مبلغ من النقود .

---

[١] قدمــنا بــأن الالــتزام بدفع مبلغ نقدى قابل دائماً للتنفيذ العينى. لذا لم يكن أبداً محلاً للتعويضــات الجزائية. فيما عدا حالات استثنائية يستحق فيها التنفيذ بمقابل أو عن طريق التعويض فى الالتزام بدفع مبلغ نقدى إذا أصاب الدائن ضرر نتيجة لعدم التنفيذ يزيد على التعويضــات التأخــيرية. كذا يكون للدائن أخذاً من المادة ٢٣١ المطالبة بتعويض تكميلي يضاف الى الفوائد اذا أثبت أن الضرر الذى يجاوز الفوائد قد تسبب فيه المدين بسوء نية.

فإن كان محل الالتزام دفع مبلغ نقدى، فليس من المهم بعد ذلك أن يكون مصدر الالتزام عقداً، أو عملاً نافعاً، أو عملاً ضاراً أو نص القانون فالعبرة بمحل الالتزام لا بمصدره .

ب – أن يكون محل الالتزام معلوم المقدار وقت الطلب :

٦١ – المقصود بهذا الشرط منع سريان الفوائد التى يطالب فيها الدائن بالتعويض عن العمل غير المشروع. وتفسير ذلك أن حق المضرور فى التعويض ينشأ من وقت تحقق الضرر. لكنه لا يكون معلوم المقدار إلا من تاريخ الحكم به. فهو غير معلوم لا فى وقت تحقق الضرر، ولا وقت رفع الدعوى. بل من تاريخ الحكم به. وبذا لا يكون للدائن بالتعويض المطالبة بالفائدة التأخيرية عن التأخير فى السداد إلا من تاريخ الحكم به. وبغير الشرط الوارد بالمادة ٢٢٦ لأمكن للمضرور فى التزام مصدره العمل غير المشروع المطالبة بالفوائد التأخيرية عن التعويض من وقت رفع الدعوى، وقبل تحديد مبلغ التعويض .

وتصل المحاكم عملاً إلى نتيجة عكسية عندما تلجأ فى تقديرها لمبلغ التعويض للضرر الأصلى، والضرر الناشىء عن التأخير فى الوفاء بالتعويض حتى يوم النطق بالحكم. ولا يغير من ذلك أن يصدر الحكم بمبلغ التعويض دون تفريد للمبلغ المحدد عن الضرر الأصلى، والمبلغ المقدر عن الفوائد التأخيرية من تاريخ وقوع الضرر حتى تاريخ الحكم .

ج – تأخر المدين عن السداد :

٦٢ – إذا تأخر المدين عن سداد دينه النقدى عن الميعاد المحدد، استحق الدائن الفوائد التأخيرية، بالسعر الذى يحدده القانون. فالفائدة التأخيرية على ما رأينا، تعويض عن التأخير أو تعويض عن ضرر أصاب الدائن جراء

تأخير السداد .

والســـؤال، لماذا يفترض أن التأخير فى سداد النقود ضرر بالدائن؟ أى دون الحاجـــة لإثبات الضرر خروجاً على قاعدة أن التعويض يرتبط بثبوت الضـــرر مـــن المضـــرور؟ ونبادر للقول بأن النقود بحسب المجرى العادى للأمـــور تستثمر، أو توظف، فإن تأخر المدين عن سدادها فإنه يحرم الدائن من استثمارها، وهو ضرر لا حاجة لإثباته من الدائن .

وفوائد التأخير القانونية تسرى بحكم القانون وبالسعر المحدد، إذا لم يكن ثمة اتفاق عليها. أما فوائد التأخير الاتفاقية فتسرى بحكم الاتفاق بالسعر الذى يحدده الأطراف فى حدود الحد الأقصى بداية من التأخير عن السداد .

أما فائدة الاستثمار وهى كما ذكرنا مقابل الانتفاع بمبلغ فى ذمة المدين، فتسرى من وقت الاتفاق. أما إذا حل الأجل وتخلف المدين عن السداد، استمر سريان الفائدة لكنها تنقلب إلى فائدة تأخيرية .

د – مطالبة الدائن بالفوائد التأخيرية :

٦٣ – الفوائـــد التأخيرية محض تعويض عن التأخير فى الوفاء بمبلغ نقدى والتسليم بأنها تعويض كان يستتبع بالضرورة أن يشترط الإعذار لاستحقاقها فمن تاريخ الإعذار يبدأ سريان الفوائد التأخيرية ما لم يكن ثمة اتفاق على أن حلـــول الأجـــل يقوم مقام الإعذار. وعندها تكون الفائدة مستحقة من تاريخ حلول أجل السداد دون حاجة لإعذار المدين .

• لكـــن المشـــرع المصـــرى يشـــترط المطالبة القضائية لسريان الفوائد التأخيرية القانونيّة، وهى مسألة أبعد من مجرد الإعذار. والمقصود بالمطالبة القضائية أن ترد بصحيفة دعوى الدائن، أو بأى طلب آخر فى أثناء الدعوى.

وتفريعاً على ذلك لا تسرى الفوائد التأخيرية عن مطالبة قضائية باطلة أى عن صحيفة دعوى باطلة أو عن دعوى رفعت إلى محكمة غير مختصة. أو إذا سقطت الخصومة أو تركت أو انقضت بالتقادم. صحيح أن صحيفة الدعوى فى الحالات السابقة تقوم مقام الإعذار. لكننا انتهينا بأن الإعذار شرط غير كاف لسريان الفوائد التأخيرية .

والمهم أنه بتوافر الشرائط الأربعة السابقة، يستحق الدائن الفوائد التأخيرية دون حاجة لإثبات الدائن الضرر جراء التأخر فى سداد الدين. فالمشرع – فيما قدمنا – يفترض بما لا يقبل إثبات العكس بأن التأخر عن الوفاء بالنقود ضرر بالدائن .

ولذا ورد نص المادة ٢٢٨ صريحاً بأنه لا يشترط لاستحقاق فوائد التأخير قانونية كانت أو اتفاقية أن يثبت الدائن ضرراً لحقه من هذا التأخير .

المحور الثانى : سعر الفائدة :

٦٤ – إذا انتهينا بأن الفوائد التأخيرية على نوعين : قانونية واتفاقية، والأولى تطبق أحكامها إذا لم يوجد اتفاق عليها. وقد جعل المشرع السعر القانونى للفوائد التأخيرية ٤% فى المسائل المدنية و ٥% فى المسائل التجارية .

أما الفوائد التأخيرية الاتفاقية أى التى يتفق عليها الطرفين فيتحدد السعر فيها بحسب الاتفاق فيما لا يجاوز ٧% كحد أقصى .

أما فائدة الاستثمار فإن سعر الفائدة فيها فى كل الحالات لا يزيد عن ٧% وإذا اتفق الأطراف على سعر للفائدة يجاوز ٧% كان للمدين استرداد ما دفع زيادة بحسب ما ورد بنص المادة ١/٢٢٧ مدنى. أى أن الاتفاق على ما يزيد عن الحد الأقصى لسعر الفائدة لا يجعل العقد باطلاً، ويقتصر الأمر

على التخفيض .

ويجوز للدائن أن يطالب بتعويض تكميلى complementaire يضاف إلى الفوائد إذا أثبت أن الضرر الذى يجاوز الفوائد التأخيرية تسبب فيه المدين بسوء نية .

٦٥ - شرطان إذن للحكم بالتعويض التكميلى أن يكون الضرر الذى أصاب الدائن من عدم سداد المدين غير عادى أو غير مألوف. أصاب الدائن بخسارة فادحة أو فوت عليه مكسب كبير .

والشرط الثانى : أن يكون المدين سيء النية، يعلم بأهمية سداد الدين ومدى الأضرار التى تترتب على التأخير فى الوفاء به ويتعمد عدم الوفاء .

وأخيرا فإن الفوائد التأخيرية أى المستحقة عن التأخير فى الحساب الجارى ليست بالضرورة ٥% بل يمكن أن تكون أقل من ذلك أو أكبر شريطة ألا تجاوز الحد الأقصى المقرر لسعر الفائدة فى القانون المصرى وهو ٧% .

ويبقى أن نوضح بأن الدائن قد يلجأ للتهرب من قيود الحد الأقصى للفائدة، بأن يشترط على المدين عمولة أو منفعة لا يقابلها خدمة حقيقية يؤديها الدائن لمدينه .

وعندئذ فإن المشرع أخذاً من المادة ٢/٢٢٧ يعتبر العمولة أو المنفعة بمثابة فائدة مستترة أو خفية، بحيث تضاف إلى نسبة الفائدة المقررة فإن زادت فى مجموعها عن الحد الأقصى تعين تخفيضها إلى هذا الحد .

فإن كانت نسبة الفائدة التأخيرية على المدين لا تجاوز ٥%، واشترط الدائن عمولة لا يقابلها أداء من الدائن ٣%، أضيفت نسبة العمولة إلى الفائدة المشترطة، بحيث يصبح المجموع ٨% فإنه يجرى تخفيضها على ما قدمنا إلى ٧% .

المحور الثالث - القيود القانونية على الفائدة :

٦٦ - فضلا عن القيد التشريعي بتحديد الحد الأقصى لسعر الفائدة، فثمة قيود يمكن أن تنزل بالحد الأقصى للفائدة تتمثل فيما يلي : تسبب الدائن بسوء نية في إطالة أمد النزاع. الفوائد القانونية التأخيرية بعد رسو المزاد - وعدم جواز زيادة مجموع الفوائد على رأس المال، وتحريم الربح المركب .

أولا - تسبب الدائن بسوء نية في إطالة أمد النزاع :-

٦٧ - إذا تسبب الدائن وهو يطالب بحقه في إطالة أمد النزاع فللقاضي أن يخفض الفوائد قانونية كانت أو اتفاقية أو لا يقضي بها إطلاقاً عن المدة التي طال فيها النزاع بلا مبرر .

والمشرع يعالج - في هذه الحالة - مسألة إطالة أمد النزاع بلا مبرر بما في ذلك مثلاً أن يلجأ الدائن إلى إنكار إمضائه على مخالصة صادرة منه عن جزء من الدين بما يستتبع تحقيق الخطوط وإطالة أمد التقاضي بما يترتب عليه من تراكم الفوائد على المدين. أو أن يلجأ الدائن إلى رد القضاة، بلا مبرر أو استعمال الدفوع الكيدية وغير ذلك .

الأساس إذن في تخفيض الفائدة أو عدم الحكم بها، التعسف في استعمال حق التقاضي، بما يضر بالمدين فيكون مسئولاً بتعويضه، وخير تعويض حرمان الدائن من الفوائد التأخيرية التي تستحق عن إطالة أمد النزاع كلها أو بعضها ويشترط لتطبيق الحكم الوارد بالنص المذكور، أن يلجأ الدائن لإطالة أمد النزاع بلا مبرر، وأن يتعمد الدائن إطالة أمد النزاع فعلاً (١) .

---

(١) والنص محض تطبيق لقاعدة عدم جواز التعسف في استعمال الحق في مجال التقاضي - المادة ٥ مدني .

ثانياً – الفوائد التأخيرية بعد رسو المواد :

٦٨ – المقصـــود بهذه الحالة. أنه عند التنفيذ على أموال المدين يقف سريان الفوائد التأخيرية التى يستحقها الدائنون المشتركون فى الإجراءات والتوزيع. فـــلا يســـتحق هـــؤلاء فوائد بداية من هذا التاريخ. ويستثنى من ذلك حالتين يســـتحق فـــيها الدائـــنون فوائد تأخيرية بعد رسو المزاد : الأولى أن يكون الراســـى علـــيه المزاد ملزماً بدفع فائدة عن الثمن والثانية أن تكون خزينة المحكمـــة التى أودع فيها الثمن تلتزم بدفع فائدة عن الإيداع. وهذا النوع من الفـــائدة يتميز بخصيصتين : الأولى أنها فى الغالب أقل من الفوائد المستحقة فعـــلاً للدائنين والثانية أنها نوزع على الدائنين فى قسمة غرماء. بلا أفضلية لدائـــن على آخر حتى ولو كان الدين مضموناً بتأمين عينى والنص بمجملة هدفـــه حماية المدين حيث تتراكم عليه الفوائد التأخيرية على الدين ولا يد له فـــى ذلك. وكذا حماية مجموع الدائنين عن طريق تحقيق المساواة بينهم فى توزيع الفوائد المستحقة قبل الراسى عليه المزاد وقبل الخزانة .

عدم زيادة الفوائد على رأس المال :

لا يجوز فى أية حال أن يكون مجموع الفوائد التى يتقاضاها الدائن أكثر من رأس المال، وذلك دون إخلال بالقواعد والعادات التجارية .

والقصد، حماية المدين، وينطبق على جميع الفوائد تأخيرية أم استثمارية ويســـتثنى منه ما تقضى به القواعد والعادات التجارية وبها مثلاً جواز زيادة الفوائد على مقدار رأس المال فى الحساب الجارى التجارى .

تحريم الربح المركب :

٦٩ – لا يجـــوز تقاضى فوائد على متجمد الفوائد، من دون إخلال بالقواعد والعادات التجارية .

والهـدف من حظر الربح المركب حماية المدين أيضا ويستثنى منه ما تقضى به القواعد والعادات التجارية كما هو الحال فى الحساب الجارى وفيه يجوز تقاضى فوائد على مركب الفوائد .

والحكـم لا ينصـرف إلا للفوائـد التأخيرية دون الاستحقاقات الدورية الأخرى التى لا تعد فوائد. بما فى ذلك الأجور، وأقساط الإيراد المرتب لمدى الحياة .

المبحث الثانى - الوسائل التى تكفل للدائن تنفيذ الالتزام

الضمان العام وحمايته

وضع المسألة :

٧٠ - تقضى المادة ٢٣٤ مدنى بأن أموال المدين جميعها ضامنة لديونه وجميع الدائنين متساوون فى هذا الضمان إلا من كان له منهم حق التقدم طبقاً للقانون .

وإذا كانت جميع أموال المدين تضمن الوفاء بديونه. فإن الدائن يستطيع أن ينفذ بحقه على أموال المدين سواء كان هذا التنفيذ عينياً أو بطريق التعويض. فيما يسمى بحق الضمان العام droit de gage genéral والضمان العام للدائنين يختلف عن التأمينات العينية التى تقع على مال معين من أموال المدين، بحيث تخول للدائن سلطتى التتبع droit de suite والتقدم أو الأفضلية preferènce على غيره من الدائنين أصحاب الضمان العام وسائر الدائنين التاليين له فى المرتبة بما فى ذلك مثلاً حق الرهن .

ولفظه الضمان العام خادعة أو مضللة trompeuse حيث ينصرف الذهن بأن أموال المدين جميعها تضمن الوفاء بديونه. بينما الحقيقة أن القانون يجنب بعض الأموال من الضمان العام فثمة نصوص تقضى بعدم جواز الحجز على فراش المدين وثيابه [1]، وتحريم الحجز على بعضها إلا اقتضاء لثمنها بما فى ذلك أدوات المهنة التى يستعملها المدين بنفسه أو فى عمله ... وعندنا أن العمومية فى النص تنصرف إلى معنى آخر، أن حق الدائن لا يقع على مال معين بالذات، بل على أموال المدين عموماً .

---

[1] المواد ٣٠٥ وما بعدها من قانون المرافعات .

٧١ - وعلـــى أيـــة حـــال فإن الضمان العام يتميز بأمرين : الأول أنه عام Générale كما أسلفنا - أى لا يقع على مال معين من أموال المدين بل يقع على مجموع أموال المدين التى تكون فى ذمته وقت التنفيذ. وإن حق الدائن مقصور على ما فى ذمة المدين من أموال، وما خرج منها لا يستطيع الدائن تتبعه. فحق الدائن فى الضمان العام شخصى لا عينى. وتصرف المدين فى أمواله بما ينقص من الضمان العام للدائنين ينفذ فى مواجهة دائنيه.

والثانى، أن الضمان العام مشترك commun يتساوى فيه جميع الدائنين فـــلا يـــتقدم فيه دائن على آخر وفقاً لأسبقية نشوء دينه. فإن لم تكف أموال المديـــن لسداد ديونه، اقتسمها مجموع الدائنين فيما بينهم قسمة غرماء بحيث يـــنال كـــل منهم نسبة من دينه هى نفسها التى يقتضيها سائرهم كالنصف أو الثلث مثلاً.

وبالعمومـــية والمســـاواة التى يتميز بهما الضمان العام يتعرض الدائن العـــادى لخطريـــن : خطر تصرف المدين فى أمواله، دون أن يكون لدائنيه الحق فى غل يده عن التصرف فى أمواله وبالتالى إخراجها من الضمان العام للدائنين وخطر مزاحمة الدائنين الآخرين له بما يترتب على ذلك عدم استيفاء الدائـــن العـــادى لحقـــه كاملاً، إذا لم تكن أموال المدين كافية للوفاء بديونه وحمايـــة للدائـــن العادى من الخطرين المذكورين، وضع المشرع تحت يده وســـائل عـــدة تكفل المحافظة على الضمان العام. ورد النص عليها بالمواد ٢٣٤ إلى ٢٦٤ بالفصل الثالث من الباب الخاص بآثار الالتزام.

٧٢ - وتنقسم الوسائل التى يضعها المشرع تحت تصرف الدائن العادى إلى أنواع ثلاثة تنفيذية، وتحفظية، ومتوسطة.

أ - أما الوسائل التنفيذية : فلا يكون للدائن استعمالها إلا اقتضاء لحق محقق الوجـــود، معين المقدار، حال الأداء، وسبق حصول الدائن على سند تنفيذى

فـــى ذلك العقود الرسمية، والأحكام القضائية والأوامر [1] وبها يمكن للدائن مباشرة إجراءات الحجز على المنقول أو على العقار أو على ما للمدين لدى الغير .

ب – الوســائل التحفظــية : وبعضها يتخذها الدائن ولو كان حقه معلقاً على شــرط أو مقترناً بأجل بالنسبة إلى حقه الذى يريد التنفيذ به بما فى ذلك قطع الــتقادم، وقــيد رهــن يضمن حقه، وتحقيق إمضاء مدينه على سند الدين. وبعضـــها يباشره الدائن على أموال المدين للمحافظة عليها بما فى ذلك مثلاً وضع الأختام على أموال المدين المفلس، وطلب تحرير محضر جرد لها، أو التدخل فى دعوى مرفوعة على المدين أو منه .

ج – والوســائل المتوســطة : فهــى ليست تنفيذية بل تمهد للتنفيذ، وليست تحفظــية لأنها لا تقتصر على مجرد التحفظ على أموال المدين. فهى وسائل تقــع فــى مرتــبة متوسطة – au-mi-chemin – بين الوسائل التنفيذية، والتحفظية. فتكون أضعف من الأولى، وأقوى من الثانية .

٧٣ – ولن نعرض للوسائل التنفيذية ولا للتحفظية، لأن مجال دراستها قانون المــرافعات. ونتناول الوسائل المتوسطة للمحافظة على الضمان العام وهى ثلاثة دعاوى ووسيلتين : أما الدعاوى فهى الدعوى غير المباشرة والدعوى البوليصية، ودعوى الصورية [2] أما الوسيلتان فهما الحق فى الحبس وشهر الإعسار.

---

[1] والأوراق الأخرى التى يعطيها القانون هذه الصفة .

[2] والدعــاوى الــثلاثة والحــق فى الجنس وسائل فردية، أما شهر الإعسار فهو طريق جماعى / وانظر عبدالحى حجازى / ص ١٩٤ وبعدها .

وبالدعوى غير المباشرة يعالج المشرع موقف المدين السلبى أو إهماله المطالبة بحقوقه لدى الغير، فيقرر نيابة قانونية للدائن عن المدين فى استعمال حقوق المدين لدى الغير. وبالدعوى البوليصية يواجه المشرع غش المدين ورغبته فى الإضرار بالدائنين بتقرير عدم نفاذ تصرفه قبل الدائنين. وبالصورية يكشف المشرع غش المدين عن طريق كشف حقيقة التصرف وفى الحق فى الحبس يستوفى الدائن الدين الذى له من الدين الذى عليه أما شهر الإعسار إجراء جماعى مقصود منه غل يد المدين عن ماله .

ونعرض لوسائل المحافظة على الضمان العام على الترتيب الآتى :

١ – الدعوى غير المباشرة .

٢ – الدعوى البوليصية .

٣ – دعوى الصورية .

٤ – الحق فى الحبس .

٥ – شهر الإعسار .

المطلب الأول - الدعوى غير المباشرة

نصان، تعليق وتقسيم :

٧٤ - بالمادة ٢٣٥ مدني أن " لكل دائن، ولو لم يكن حقه مستحق الأداء أن يستعمل باسم مدينه جميع حقوق هذا المدين، إلا ما كان منها متصلاً بشخصه خاصة أو غير قابل للحجز .

ولا يكون استعمال الدائن لحقوق مدينه مقبولاً إلا إذا ثبت أن المدين لم يستعمل الحقوق وأن عدم استعماله لها من شأنه أن يسبب إعساره أو يزيد في هــذا الإعســار ولا يشترط إعذار المدين لاستعمال حقه ولكن يجب إدخاله خصماً في الدعوى " .

ونصــت المادة ٢٣٦ بأنه " يعتبر الدائن في استعمال حقوق مدينه نائباً عــن هذا المدين، وكل فائدة تنتج من استعمال هذه الحقوق تدخل في أموال المدين وتكون ضماناً لجميع دائنيه .

٧٥ - والمــتأمل بالنصــين يــرى بأن الدعوى غير المباشرة إحدى وسائل المحافظة على الضمان العام للدائن من تقصير المدين أو إهماله في استعمال حقوقــه لدى الغير. حيث يخول للدائن باسم مدينه نيابة عنه أن يباشر بنفسه حقوق المدين قبل مدين المدين من دون أية علاقة مباشرة بين الدائن ومدين المديــن. وبعبارة أخرى هي وسيلة للمحافظة على الضمان العام من الموقف السلبي للمدين للمطالبة بحقوقه لدى مدين المدين لذا، قرر المشرع للدائن نيابة قانونــية بها يقاضي مدين المدين. وهي نوع من النيابة – يختلف عن النيابة العائلية لأنها مقررة لمصلحة النائب لا الأصيل. فالنائب وهو الدائن باستعمال حقــوق مدينــه لــدى الغير إنما يهدف للمحافظة على الضمان العام من أن ينــتقض نتيجة قعود مدينه عن المطالبة بحقوقه فتتحقق مصلحته بذلك بينما

النيابة في صورتها العادية هي حلول إرادة النائب محل إرادة الأصيل في إبرام تصرف قانوني تنصرف آثاره إلى ذمة الأصيل لا النائب فهي مقررة لمصلحة الأصيل .

وعليه. إذا كان للمدين الحق في التعويض عن ضرر إصابة. وأهمل في رفع دعوى التعويض. كان للدائن بالدعوى غير المباشرة رفع الدعوى على المسئول. أو أن يكون للمدين الحق في رفع دعوى البطلان لكنه لا يرفعها، فيكون لأحد دائنيه أن يرفعها باسم ذلك المدين. وإذا تقاعس المدين عن رفع دعوى استرداد غير المستحق يكون للدائن رفعها .

والغاية من الدعوى غير المباشرة إدخال المال في ذمة المدين أي في الضمان العام للدائنين حتى يمكن بعد ذلك التنفيذ عليه. فهي دعوى فردية، يرفعها أحد الدائنين لكنها تنتهي بأثر جماعي، حيث يستفيد منها جميع الدائنين وبعبارة أخرى إنها تبدأ فردية وتنتهي بأثر جماعي – المادة ٢٣٦ مدني .

ونعرض بداية لشرائط الدعوى غير المباشرة، ثم لآثارها .

الفرع الأول - شروط استعمال الدعوى غير المباشرة

٧٦ – طوائف ثلاث من الشروط لاستعمال الدعوى غير المباشرة : الأولى ترجع إلى الدائن، وبها يتحدد من له حق استعمال الدعوى غير المباشرة ؟ والثانية شروط ترجع إلى المدين، ويتقرر بها مصلحة الدائن في استعمال حقوق مدينه والثالثة، فهي شروط تتعلق بالحقوق التي يجوز للدائن استعمالها نيابة عن مدينه وبها يتحدد مجال استعمال الدعوى غير المباشرة [١] .

---

[١] ويفصل بعض الفقه بين مجال استعمال الدعوى غير المباشرة، وشرائط استعمالها وجمعنا بينهما، اعتبارا بأن شرائط استعمال الدعوى محض تحديد لمجالها أو نطاقها في ذلك .. عبدالمنعم البدراوي / ص ١٣١ / بند ٩٤ وبعده وعبدالحي حجازي / ص ١٩٦ .

أولا – بالنسبة للدائن :

٧٧ – يجب أن يكون حق الدائن محقق الوجود خال من النزاع .

لا يشـــترط لاستعمال الدائن حقوق مدينه لدى مدين المدين سوى شرط وحيد هو أن يكون محقق الوجود certain خال من النزاع وبعبارة أخرى ألا يكون حقه متنازع فيه أو احتمالياً. وبطريق الاستبعاد، لا يشترط في الدائن، لاستعمال حقوق مدينه لدى الغير – أن يكون حقه مستحق الأداء، ولا معلوم المقدار. ولا أن يكون قابلاً للتنفيذ. بل يكفي أن يكون حق الدائن كما أسلفنا – محقق الوجود .

وبـــذا يكون للدائن، وليس مقدار حقه معلوماً أو مؤكداً استعمال الدعوى غـــير المباشرة. وتفريعاً على ذلك يكون للدائن، استعمال حقوق المدين لدى الغـــير ولـــو كان حق الدائن معلقاً على شرط، أو مقترناً بأجل ويكون للدائن وليس حقه قابلاً للتنفيذ استعمال حقوق مدينه لدى الغير على سند بأن الدعوى غير المباشرة ليست إجراءاً تنفيذياً، وإن كانت تمهد للتنفيذ [١] .

ولا يشترط لاستعمال الدعوى غير المباشرة أسبقية حق الدائن على حق المدين. أي أنه يكون للدائن استعمال حقوق مدينه لدى مدين المدين بصرف النظر عما إذا كان حق المدين لدى مدينه قد نشأ لاحقاً، أو سابقاً لحق الدائن. ففـــي الحالتيـــن يدخل المال في ذمة المدين " أي في الضمان العام للدائنين. وبـــذا، تختلف الدعوى غير المباشرة – عن الدعوى البوليصية وفيها يطعن الدائن فيما سنرى بعدم نفاذ التصرف الذي أبرمه المدين والغير في مواجهته إذا كـــان عـــن غش. ويشترط فيها أن يكون حق الدائن سابقاً على تصرف

---

(١) أستاذنا فتحي عبدالرحيم / ص ١٠١ / بند ٧٣ .

المديـــن المطعـــون فـــيه. ولا يتســـنى فهـــم المسألة إلا إذا تأملنا الغاية من الدعويين: فهى فى الدعوى غير المباشرة تفادى نقص الضمان العام للدائنين بسبب إهمال المدين أو سكوته عن استعمال حقوقه بنفسه. لذا ليس منطقيا أن يكـــون تـــاريخ نشوء حق الدائن رافع الدعوى مباشر الإجراءات مؤثراً. أما الغايـــة مـــن الدعوى البوليصية – فهى حماية الضمان العام من التصرفات الضـــارة للمديـــن، بعـــدم نفاذها فى مواجهة الدائنين ولا يتحقق الضرر إلا بأسبقية نشوء حق الدائن على تصرف المدين المطعون فيه بعدم النفاذ .

الشروط التى ترجع إلى المدين :

٧٨ – لا يـــنهض الدائـــن لاســـتعمال حقوق مدينه لدى الغير إلا إذا تقاعس المدين عن استعمال حقه بنفسه شريطة أن يترتب على ذلك إعسار المدين أو زيادة إعساره وثمة شرط إجرائى آخر، هو إدخال المدين طرفاً فى الدعوى .

أ – عدم استعمال المدين حقه بنفسه :

٧٩ – الغـــرض مـــن الدعـــوى غير المباشرة على ما رأينا – تفادى نقص الضمان العام بسبب إهمال المدين بعدم استعمال حقوقه لدى مدين المدين .

وتفـــريعاً علـــى ذلك إذا شرع الدائن فى استعمال حقوق مدينه، فنهض المدين إلى مباشرة حقوقه بنفسه، واتخذ موقفاً إيجابياً، فإنه يجب على الدائن – فى هذه الحالة الامتناع عن المضى فى الإجراءات التى بدأها، وأن يترك إتمامهـــا للمديـــن علـــى أنه يكون للدائن مع ذلك طلب إبقائه فى الدعوى أو التدخل فى الدعوى التى رفعها المدين ليراقب مدى جدية المدين فى المحافظة على حقوقه، وخشية التواطؤ بين المدين ومدينه .

والمهم أنه إذا ثبت عدم استعمال المدين لحقوقه كان للدائن مباشرة هذه الحقوق قبل الغير بقطع النظر عن مبرر تقصير المدين، وهل هو سوء النية أى أو مجرد الإهمال .

ب - إعسار المدين:

٨٠ - إذا قعد المدين عن مباشرة حقوقه قبل الغير بسوء نية، أو لمجرد الإهمال أو التقصير لا يكون مع ذلك للدائن استعمال حقوق مدينه إذا لم يترتب على عدم استعمال المدين لحقوقه قبل الغير إعساره . ولا زيادة هذا الإعسار .

وعلى ذلك ورد نص المادة ٢٣٥ صريحاً بأن استعمال الدائن لحقوق مدينه لا يكون مقبولاً إلا إذا كان عدم الاستعمال من شأنه أن يسبب إعساره أو أن يزيد من هذا الإعسار.

والرأى عندنا أن إعسار المدين شرط في الدعوى إعمالاً لشرط المصلحة أساس لرفع الدعوى بحيث أن إغفاله من جانب المشرع لن يؤثر فى وجوب اشتراطه. فلا دعوى بلا مصلحة. ولن يكون للدائن مصلحة فى استعمال حقوق مدينه لدى الغير إلا إذا كان ذلك سيؤدى إلى إعساره أو يزيد من هذا الإعسار، أما إذا كان المدين برغم عدم استعمال حقوقه لدى الغير - موسراً فليس لدائنيه استعمال حقوقه .

وإنما يثور التساؤل عن معنى الإعسار : هل هو الإعسار الفعلى وهو زيادة الديون عن الحقوق أم الإعسار القانونى الذى يستلزم الحكم بشهره إعمالاً للمادة ٢٤٩ وما بعدها من القانون المدنى، ونبادر بالإجابة بأن القصد هو الإعسار الفعلى لا القانونى. وبذا يكفى لرفع الدعوى غير المباشرة، أن تكون أموال المدين غير كافية للوفاء بديونه جميعاً، أى التى حل أجل سدادها والتى لم يحل أجلها حتى ولو لم يصدر حكم بشهر الإعسار .

وعبء إثبات إعسار المدين - يقع على عاتق الدائن. وعلى المدين أن يثبت العكس بأن أمواله تكفى للوفاء بديونه .

إدخال المدين خصما فى الدعوى :

٨١ - لا يجــوز للدائن أن يرفع الدعوى غير المباشرة إلا إذا أدخل المدين خصماً فى الدعوى .

ونلفــت النظر - بهذا الخصوص - لمسألتين : الأولى أن المقصود هو إدخــال المدين خصماً فى الدعوى وبذا لا يكون على الدائن أن يدخل سائر الدائنين فى الدعوى ومع ذلك، فإن الحكم الصاد فيها يكون حجة فى مواجهة جمــيع الدائنين اعتباراً بأن الدائن نائب عن المدين، وهو يمثل سائر الدائنين فى نيابته .

والثانــية - إن المشــرع يشترط إدخال المدين خصماً فى الدعوى وهو إجــراء أبعــد من مجرد الإعذار، وبذا لا حاجة لأن يعذر الدائن المدين قبل استعمال الدعوى غير المباشرة .

الحقوق، والدعاوى التى يستعملها الدائن باسم المدين :

٨٢ - الثابت بأن الدائن يستعمل حقوق مدينه غالباً عن طريق الدعوى التى يــرفعها علــى مدين المدين. وقد يقتصر استعمال الدائن لحقوق مدينه على القــيام بعمــل أو باتخاذ إجراء يقوم به باسم المدين. إلا أن تدخل الدائن فى شــئون مديــنه باســتعمال الدعــوى غير المباشرة لا يرقى إلى حد إمكانية اســتعمال الدائن ما للمدين من رخص والأصل استعمال الدائن لجميع حقوق مديــنه ودعــاواه إلا ما استثنى منها وقد أخرج المشرع بالمادة ٢٣٥ مدنى طائفــة من الحقوق من مجال استعمال الدعوى غير المباشرة وهى الحقوق المتصلة بشخص المدين، والحقوق غير القابلة للحجز عليها. فإن أضفنا إلى ذلــك أن استعمال حقوق المدين يقتصر على الحقوق لا الرخص Facultés فإننا نعرض لهذه المسائل فيما يلى :

أ – الحقوق الدعاوى المتصلة بشخص المدين :

٨٣ – وتفـريعاً على ذلك لا يكون للدائن استعمال الحقوق غير المالية، ولا يجـوز أن يسـتعمل حقوق المالية التى لا يجوز الحجز عليها. ولا الحقوق والدعاوى المتصلة بشخص المدين بما فى ذلك مثلاً حق المدين فى المطالبة بالـتعويض عن الضرر الأدبى، ولا الحقوق الأدبية للمؤلف فى نشر مصنفه أو فى عدم نشره ولا يدخل فى مجال الدعوى غير المباشرة حق الواهب فى الرجوع فى الهبة. فحق الرجوع ينبنى على اعتبارات شخصية يستقل الواهب وحده بتقديرها .

لا يجوز للدائن استعمال ما للمدين من رخص :

٨٤ – الرخصة Faculte واقعة تؤدى إلى اكتساب حق جديد للدائن أو هي الحـق الذى يتوقف نشوئه على إعلان إرادة من جانب الشخص بما فى ذلك مـثلاً قـبول الهـبة، ورفع دعوى الشفعة، وإدارة المال أو استغلاله. فهذه المسـائل وغيرها متروك تقديره للمدين والقول بغير ذلك أى بتحويل الدائن رخـص المديـن سلب طرق الأخير فى التقدير، وفى تصريف شئونه وأنه تدخل أبعد فى شئون المدين غير مبرر .

وبذا، لا يكون للدائن – بالدعوى غير المباشرة – قبول عن المدين ولا قـبول صفقة معروضة على المدين، ولا طلب الشفعة باسم المدين ولا يحل محل المدين فى إدارة أمواله، أو فى استغلالها .

فإذا ارتفعت الرخصة إلى مرتبة الحق أمكن للدائن أن يستعمل هذا الحق باسـم مدينه ما دام قد استوفى الشروط اللازمة، ولو يغير من ذلك أن يكون ثـبوت الحق نهائياً فى ذمة المدين متوقفاً على إرادته أو على رضائه. فيما يسمى لم ينشأ وبذا لا يكون للدائن باسم المدين استعمالها. أما الخيار فيفترض

أن الحق نشأ، ويتعلق الخيار باستعمال الحق. ومثال الخيارات حق الموصى إليه في قبول الوصية وحق المستفيد – من الاشتراط لمصلحة الغير في قبول المنفعة التي وجهت إليه بالاشتراط .

الفرع الثانى - آثار الدعوى غير المباشرة

٨٥ – قدمنا بأنه بالدعوى غير المباشرة، يستعمل الدائن حقوق مدينه لدى مدين المدين أن تقاعس المدين أو أهمل عن المطالبة بها. والأداة Le mecanism التي قررها القانون للدائن في استعمال حقوق مدينه هي نيابة قانونية، قررها المشرع للدائن باسم المدين تختلف عن صورة النيابة العادية لأنها مقررة لمصلحة الدائن وهو النائب لا لمصلحة الأصيل وهو المدين .

ويقف الأثر في استعمال حقوق المدين عند المحافظة على الضمان العام أى بإدخال المال في ذمة المدين. وليس بالتنفيذ على أموال المدين .

وأخذاً من فكرة النيابة القانونية فتحدد آثار الدعوى غير المباشرة بالنسبة للمدين والدائن، والخصم .

أ – بالنسبة للمدين :

٨٦ – استعمال الدائن لحقوق مدينه يدخل مال المدين في الضمان العام للدائنين. لكنه لا يغل يد المدين عن التصرف فيه – بعد أن عاد إليه – بكافة أنواع التصرف. بنقله إلى الغير أو بالتصالح عليه مع الخصم أو بالنزول عنه. فإن فعل ذلك انقضت الدعوى غير المباشرة ولا يكون أمام الدائن لمواجهة تصرف المدين في الضمان العام سوى الطعن عليها بالدعوى البوليصية بافتراض توافر الشرائط الأخرى .

بالنسبة للدائن :

٨٧ - يجوز للدائن، بمقتضى نيابته القانونية عن المدين، مطالبة الخصم بكل مـــا كـــان يســـتطيع أن يطالبه به المدين. حتى ولو كان حق الدائن أقل مما يطالب به الخصم. فمثلاً لو كان (أ) دائنا لـــ (ب) بـــ ١٥,٠٠٠ جنيه، وكان (ب) دائنا لـــ (ج) بـــ ٢٠,٠٠٠ جنيه، كان لـــ (أ) مطالبة (ج) بحقوق (ب) جمـــيعها أى بمـــبلغ الـــ ٢٠,٠٠٠ جنيه. وتفسير ذلك إن حقوق المدين لدى الغـــير لا ينصـــرف إلى ذمة الدائن رافع الدعوى مباشر الإجراءات، بل إن المـــال يدخـــل فـــى الضمان العام للدائنين، أى يشاركه فيه غيره من دائنى المديـــن. أى دون أن يخـــتص به الدائن رافع الدعوى وحده. والمشاركة فى التنفـــيذ علـــى مال المدين أحد أهم نقاط الضعف فى الدعوى غير المباشرة، حيث لا يستقل بها الدائن رافع الدعوى مباشر الإجراءات .

بالنسبة للخصم فى الدعوى :

٨٨ - الخصم فى الدعوى غير المباشرة هو مدين المدين، ويستطيع الأخير أن يتمسك فى مواجهة الدائن بجميع الدفوع التى كان يحق له التمسك بها فى مواجهـــة مديـــنه بمـــا فى ذلك الدفع بانقضاء الدين بالتقادم أو بالإبراء، أو المقاصـــة كمـــا يكون للخصم التمسك فى مواجهة الدائن " المدعى " بأوجه البطلان التى تشوب السند الذى أنشأ الدين .

الدعوى المباشرة

٨٩ - الدعـــوى غير المباشرة نادرة عملاً لعيب يشوبها وهو أن الدائن رافع الدعـــوى مباشر الإجراءات لا يستقل وحده بنتيجتها. بما لا يدفعه عادة إلى ضـــياع الوقـــت والجهـــد والنفقات. لذا وضع المشرع تحت يد الدائن وسيلة أخـــرى هـــى حجز ما للمدين لدى الغير بشرط أن يكون محل التزام المدين

مــبلغا من النقود. وهو يؤدى مباشرة إلى الحجز على حين أن الدعوى غير المباشرة محض تمهيد للحجز .

ويكون للدائن، إذا كان محل التزام المدين عملاً، أو امتناعاً عن عمل أن يــرجع على مدين المدين بدعوى مباشرة، يستقل وحده بنتيجتها فلا يشاركه فيها دائن آخر .

والدعــوى المباشـــرة تقررت بالقانون المصرى فى حالات معينة على ســبيل الحصـــر فـــى عقد الإيجار – المادة ٥٩٦ مدنى وبها يكون للمؤجر الرجوع مباشرة على المستأجر من الباطن بما فى ذمة المستأجر الأصلى .

وفـــى عقـــد المقاولـــة حيـــث يكون للمقاول من الباطن والعمال الذين استخدمهم المقاول الأصلى الرجوع مباشرة على رب العمل بقدر المبلغ الذى يكون به مديناً للمقاول الأصلى وقت رفع الدعوى – المادة ٦٦٢ مدنى .

وفى الوكالة، يجوز للموكل الرجوع مباشرة على نائب الوكيل، وللأخير الرجوع مباشرة على الموكل – المادة ٧٠٨ مدنى .

المطلب الثانى - الدعوى البوليصية

نصوص قانونية. تعليق وتقسيم :

٩٠ – فـــى المادة ٢٣٧ مدنى " لكل دائن أصبح حقه مستحق الأداء، وصدر من مدينه تصرف ضار به أن يطلب عدم نفاذ هذا التصرف فى حقه، إذا كان التصرف قد أنقص من حقوق المدين أو زاد فى التزاماته وترتب عليه إعسار المدين أو الزيادة فى إعساره، وذلك متى توافرت الشروط المنصوص عليها بالمادة التالية .

وفى المادة ٢٣٨ أنه إذا كان تصرف المدين بعوض اشترط لعدم نفاذه فى حق الدائن أن يكون من صدر له التصرف على علم بهذا الغش، ويكفى لاعتبار التصرف منطوياً على الغش أن يكون قد صدر من المدين وهو عالم أنه معسر، كما يعتبر من صدر له التصرف عالماً بغش المدين إذا كان قد علم أن هذا المدين معسر .

أما إذا كان التصرف تبرعاً، فإنه لا ينفذ فى حق الدائن ولو كان من صدر له التبرع حسن النية ولو ثبت أن المدين لم يرتكب غشاً .

وإذا كان الخلف الذى انتقل إليه الشىء من المدين قد تصرف فيه بعوض إلى خلف آخر، فلا يصح أن يتمسك بعدم نفاذ التصرف إلا إذا كان الخلف الثانى يعلم غش المدين، وعلم الخلف الأول بهذا الغش إن كان المدين قد تصرف بعوض، أو كان هذا الخلف الثانى يعلم إعسار المدين وقت تصرفه للخلف الأول إن كان المدين قد تصرف له تبرعاً .

وتنص المادة ٢٣٩ بأنه إذا إدعى الدائن إعسار المدين فليس عليه إلا أن يثبت مقدار ما فى ذمته من ديون، وعلى المدين نفسه أن يثبت أن له مالاً يساوى قيمة الديون أو يزيد عليها .

وفى المادة ٢٤٠ أنه متى تقرر عدم نفاذ التصرف استفاد من ذلك جميع الدائنين الذين صدر هذا التصرف إضراراً بهم .

وتقضى المادة ٢٤١ فإنه إذا كان من تلقى حقاً من المدين المعسر لم يدفع ثمنه، فإنه يتخلص من الدعوى متى كان هذا الثمن هو ثمن المثل، وقام بإيداعه خزانة المحكمة .

وتنص المادة ٢٤٢ بأنه إذا لم يقصد بالغش إلا تفضيل دائن على آخر دون حق فلا يترتب عليه إلا حرمان الدائن من هذه الميزة .

وإذا وفىّ المدين المعسر أحد دائنيه قبل انقضاء الأجل الذى عين أصلا للوفاء فلا يسرى هذا الوفاء فى حق باقى الدائنين. وكذلك لا يسرى فى حقهم الوفـاء ولـو حصل بعد انقضاء هذا الأجل إذا كان قد تم نتيجة تواطؤ بين المدين والدائن الذى استوفى حقه .

وأخيرا تنص المادة ٢٤٣ بأنه " تسقط بالتقادم دعوى عدم نفاذ التصرف بانقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذى يعلم فيه الدائن بسبب عدم نفاذ التصرف وتسـقط فى جميع الأحوال بانقضاء خمس عشرة سنة من الوقت الذى صدر فيه التصرف المطعون فيه .

٩١ - فـى سبع مواد إذن عرض المشرع للدعوى البوليصية أو دعوى عدم نفـاذ التصـرف حـدد فيها شروط رفع الدعوى، بالنسبة للدائن، والمدين، وبالنسـبة للتصرف المطعون فيه. وبين بالمادة ٢٣٩ إلى ٢٤٢ آثار الدعوى فـى حيـن نصت المادة ٢٤٣ على سقوط دعوى عدم نفاذ التصرف بمضى المدة .

وإذا انتهيـنا آنفـاً بـأن الدعوى غير المباشرة تحمى الدائن من إهمال المديـن عن استعمال حقوقه لدى الغير بما ينقص من الضمان العام. إلا أنها لا تحميه من خطر تصرف المدين فى أمواله. وقد أراد المشرع حماية الدائن العادى من التصرفات الضارة للمدين فمنحه دعوى تسمى بالدعوى البوليصية l'action paulienne [١]، أو دعوى عدم نفاذ التصرف الضار فى مواجهة دائنيه .

والمـتأمل بدعـوى عدم نفاذ تصرفات المدين يرى بأنها تتضمن تدخلاً أبعـد فـى أعمال المدين فالأصل حرية المدين فى إبرام التصرفات القانونية

---

[١] نسبة إلى الحاكم الرومانى paulu .

ونفاذها. واستثناء من هذا الأصل يكون للدائن الطعن بعدم نفاذ تصرفات المدين، بما يمس بشخص المدين، وبالمتصرف إليه ومتى تقرر عدم نفاذ التصرف استفاد من ذلك جميع الدائنين الذين صدر هذا التصرف أضراراً بهم. ولما كانت آثار الدعوى البوليصية، أشد خطورة من الدعوى غير المباشرة. فيترتب تفريعا على ذلك أن شروط الأولى أشد قسوة من الثانية وآية ذلك، أن الدعوى البوليصية يرفعها الدائن باسمه، بهدف تقرير عدم نفاذ التصرف الضار الذى أبرمه المدين. بينما الأداة فى الدعوى غير المباشرة نيابة قانونية للدائن عن المدين، باسم المدين يعالج بها موقف المدين السلبى الذى ترتب عليه إنقاص الضمان العام للدائنين .

وإيجازاً الدعوى غير المباشرة تعالج موقفاً سلبياً للمدين وأثرها استعمال حقوق المدين فى مواجهة مدينه. بينما تعالج الدعوى البوليصية موقفاً إيجابياً للمدين، حين يتصرف فى أمواله، إضراراً بحقوق دائنيه. والمنطق أن تكون شروط الموقف الإيجابى أبعد مدى من مواجهة الموقف السلبى .

ونعرض فى فرعين لشروط الدعوى البوليصية، ثم لآثارها :

الفرع الأول - شروط الدعوى البوليصية

٩٢ - طوائف ثلاث من الشروط يتطلبها المشرع للطعن فى تصرفات المدين الضارة بالدائنين بعدم النفاذ بعضها يتعلق بالدائن الطاعن، وبالتصرف المطعون فيه، وبالمدين والمتصرف إليه .

ونعرض لها تباعاً على النحو التالى :

أولا - الشروط المتصلة بالدائن الطاعن :

٩٣ - ليس للدائن رفع الدعوى بعدم نفاذ تصرف المدين فى مواجهته إلا إذا كان حقه مستحق الأداء، سابقاً فى الوجود على التصرف المطعون فيه والتصرف ضاراً بمصلحته .

أ – حق الدائن مستحق الأداء :

٩٤ – إذا كان المشرع يكتفى فى الدعوى غير المباشرة بأن يكون حق الدائن محقق الوجود خال من النزاع. فإنه يتشدد فى الدعوى البوليصية فيشترط أن يكـــون حق الدائن مستحق الأداء exigible وهو مرتبة فى الحق أعلى من الخلـــو من النزاع. ولا يكون الحق مستحق الأداء إلا إذا كان محقق الوجود خـــال مـــن الـــنزاع. ويفسر تشدد المشرع – على ما رأينا – بأن الدعوى البوليصـــية تتضمن تدخلاً أبعد فى أعمال المدين إذ يطعن بها الدائن بتعطيل آثـــار تصـــرف كـــان طبيعياً أن يكون نافذاً. بينما يقتصر أثر الدعوى غير المباشرة على مجرد استعمال حقوق المدين التى سكت عن استعمالها .

وتفـــريعاً على ذلك إذا كان حق الدائن محقق الوجود خال من النزاع لا يكـــون له رفع الدعوى باسمه مطالباً بعدم تصرفات المدين الضارة بالضمان العام .

ولا يكون للدائن بحق معلق على شرط أو مقترن بأجل رفع دعوى عدم نفاذ التصرفات الضارة .

ب – أسبقية حق الدائن على التصرف المطعون فيه :

٩٥ – إذا نشـــأ حق الدائن قبل المدين في يناير ٢٠٠٥، وتصرف المدين فى أموالـــه للغـــير فى مارس فى نفس العام. كان للدائن رفع الدعوى بعدم نفاذ التصـــرف. أمـــا إذا تصرف المدين فى أمواله فى أبريل ٢٠٠٥، ونشأ حق الدائـــن فـــى أكـــتوبر من نفس العام لا يكون للأخير رفع الدعوى بعدم نفاذ تصرف أبرم قبل نشوء حقه .

ونـــربط نحـــن بيـــن اشتراط أسبقية حق الدائن للتصرف المطعون فيه وشرط الضرر. فأى ضرر يلحق بدائن لم يكن دائناً وقت انعقاده. بينما يربط

البعض بين أسبقية حق الدائن وغش المدين، إذ لا يتصور وجود غش من قبل المدين إذا تصرف فى أمواله للغير قبل نشوء مديونية الدائن. ما لم يكن المدين قد صدر منه التصرف متوقعاً أنه سيصبح مديناً فى وقت قريب، فقصد من تصرفه الإضرار بدائن مستقبل، كأن يخرج بعض أمواله من الضمان العام في وقت يسعى فيه لإبرام عقد قرض. فيتم القرض بعد تمام تصرفه. وبذا يثور التساؤل هل يكون للدائن أن يطعن بعدم نفاذ التصرف، بينما لم ينشأ حقه سابقاً على تصرف المدين ؟

ونسارع للتنويه بالإيجاب لتوافر الحكمة من رفع الدعوى شريطة أن يثبت الدائن توافر الغش والضرر.

ونلفت النظر، بهذا الخصوص إلى مسائل ثلاث : الأولى، أن العبرة بأسبقية نشوء حق الدائن على تصرف المدين، وليس بتاريخ استحقاقه، ولا بتاريخ تحديد مقداره، ولا بتاريخ الفصل فيما نشأ عنه من منازعات .

وترتيباً على ذلك إذا نشأ حق الدائن قبل تصرف المدين، كان للأول رفع الدعوى البوليصية، حتى ولو لم يصبح حقه إلا مستحق الأداء تالياً لتاريخ تصرف المدين .

وللدائن بحق معلق على شرط واقف أو مقترن بأجل رفع الدعوى البوليصية على تصرف للمدين صدر قبل تحقق الشرط أو قبل حلول الأجل .

والمسألة الثانية أن العبرة بانعقاد التصرف المطعون فيه، وليس بتاريخ شهره أو تسجيله إن كان من التصرفات التى تخضع فى نفاذها للشهر أو التسجيل .

فإذا نشأ حقّ الدائن قبل المدين فى مايو ٢٠٠٥، وباع الأخير عقاره فى سبتمبر من نفس العام، كان للأول الطعن بعدم نفاذ البيع فى مواجهته، حتى

ولـــو لم يقم المشترى بتسجيل البيع إلا فى ديسمبر من نفس العام. فالعبرة – فيما قدمنا بتاريخ انعقاد التصرف، لا بتسجيله .

وأخـــيراً، فـــإن عـــبء إثـــبات أسبقية نشوء حقه على تصرف المدين المطعـــون فيه تقع على عاتق الدائن. وتختلف طريقة الإثبات بحسب مصدر حق الدائن. واقعة مادية أى عمل غير مشروع أو عمل نافع، أو أنه تصرف قـــانونى. فـــإن كان مصدر حق الدائن واقعة مادية، أمكنه إثبات نشوء حقه بجميع طرق الإثبات بما فى ذلك البينة أو شهادة الشهود والقرائن .

وإذا كـــان مصدر حق الدائن تصرفاً قانونياً، فلا تثور صعوبة إن كان مثبـــتاً فـــى محـــرر رســـمى. فـــأخذاً من المادة ١١ من قانون الإثبات فإن للمحـــررات الرســـمية حجة على الناس كافة بما دون فيها من أمور قام بها محررها فى حدود مهمته أو وقعت من ذوى الشأن فى حضوره ما لم يتبين تزويـــرها بالطـــرق المقـــررة قانوناً. أنها تكتسب حجية لا يجوز نقضها إلا بطريق واحد هو الطعن بالتزوير .

فإن كان التصرف مثبتاً فى ورقة عرفية، فالقاعدة أن الأوراق العرفية لا تكون حجة على الغير فى تاريخها إلا منذ أن تكتسب تاريخ ثابت. ولا ريب بـــأن المتصـــرف إليه الذى يطعن عليه بالدعوى البوليصية من الغير. ولذا انـــتهى الفقـــه لعدم ضرورة إثبات تاريخ الورقة العرفية للاحتجاج بها على المتصرف إليه [١] .

---

[١] كمـــا ورد بمجموعة الأعمال التحضيرية / ج ٢ / ص ٦٣٢ تعليقا على المادة ٢٣٧ مدنى .

ج – أن يلحق الدائن ضرر جراء التصرف :

٩٦ – من نافلة القول أن تصرف المدين بمال كان من الممكن أن يدخل في الضمان العام ويستوفى منه الدائن حقه ضرر بلا شك بالدائن يخوله رفع الدعوى بعدم نفاذ التصرف في مواجهته .

فإذا تصرف المدين في مال لا يدخل في الضمان العام، إما لاتصاله بشخص المدين، أو لأنه من الأصل لا يجوز الحجز عليه، فلا يكون للدائن رفع الدعوى البوليصية لتخلف الضرر .

وللمتصرف إليه التخلص من آثار الدعوى البوليصية، إذا اتفق مع المدين ولم يكن قد دفع له الثمن، حيث يمكن إيداع ثمن المثل في خزانة المحكمة ولو كان قد اشترى بأقل من ثمن المثل. أو حتى تلقى الحق من المدين تبرعاً. وهو ما يفهم من المادة ٢٤١ مدنى .

ثانياً – الشروط المتصلة بالتصرف المطعون فيه :

٩٧ – إذا حملنا نص المادة ٢٣٧ مدنى على المادة ٢٤٢ أمكن إجمال الشروط الواجب توافرها في التصرف المطعون فيه، فيما يأتى :

– أن يكون التصرف قانونياً .

– أن يكون مفقراً .

أ – تصرف قانونى :

٩٨ – التصرف القانونى Lacte juridique هو اتجاه الإرادة لأحداث أثر قانونى معين بما في ذلك العقد، والإرادة المنفردة. وهو ما يتعين الطعن فيه بالدعوى البوليصية لذا لا يكون للدائن الطعن في الأعمال المادية للمدين، أي بالتزاماته غير التعاقدية الناشئة عن العمل غير المشروع أو عن الإثراء بلا

سبب. وتفسير ذلك أن الأعمال المادية على عكس التصرفات القانونية لا تنشأ في ذمة المدين بإرادته، وبذا لا يمكن تصور إضراره بالدائن. فإن ترتب على العمل المادى إضرار بالدائنين، أمكن الطعن عليه بعدم النفاذ. ويضرب الفقه مثلاً على ذلك بالأحكام القضائية فإذا صدر عن المدين غش فى أثناء مباشرة الدعوى من شأنه الإضرار بالدائنين. أمكن لهؤلاء الطعن فى هذه الحالة بما يسمى اعتراض الخارج عن الخصومة tierce opposition. وفيه لا يطعن الدائن – بطبيعة الحال فى تصرف قانونى بل فى حكم أى عمل مادى صدر ضد مدينه بالغش أو بتواطؤ المدين مع الخصم حتى يصدر الحكم إضراراً بالدائن. وبذا ينتهى البعض بأن اعتراض الخارج عن الخصومة محض تطبيق للدعوى البوليصية على الأحكام les jugements أو على العمل المادى إذا توافر الإضرار بالدائنين .

وتنعكس هذه المسألة بآثارها كذلك بالنسبة للقسمة، فقد ورد نص المادة ٨٤٢ مدنى صريحاً بأن لدائنى كل شريك أن يعارضوا عن أن تتم القسمة عيناً أو أن يباع المال بالمزاد بغير تدخلهم، وتوجه المعارضة إلى كل الشركاء ويترتب عليها إلزامهم أن يدخلوا من عارض من الدائنين فى جميع الإجراءات، وإلا كانت القسمة غير نافذة فى حقهم، فعدم نفاذ القسمة فى مواجهة دائنى الشركاء ليس طعناً فى تصرف قانونى بل فى عمل قضائى، وهو محض تطبيق للدعوى البوليصية فى الأعمال المادية .

وتبقى القاعدة مع ذلك أن مجال الدعوى البوليصية تصرفات المدين القانونية. وما ذكرناه متعلقاً بالأحكام أو بالعمل المادى استثناء يؤكد القاعدة ولا ينفيها .

وإن كانت القاعدة أن الطعن بالدعوى البوليصية يتعلق بالتصرف القانونى فليس من المهم بعد ذلك أن يكون التصرف من جانبين، كعقد، أو من جانب واحد كنزول المدين عن حق انتفاع أو نزوله عن دين له. وليس مهماً كذلك أن يكون التصرف القانونى معاوضة، أو تبرعاً، منشئاً لالتزام، أو مسقطاً لالتزام .

ب - أن يكون التصرف مفقراً :

٩٩ - أساس الدعوى البوليصية الأول افتقار المدين، فإن لم يكن تصرف المدين مفقراً acte d'appauvrissement وثمة علاقة بين افتقار المدين والضرر وبعبارة أخرى لا يمكن أن يتضرر الدائن من تصرف المدين إلا إذا تضمن الإنقاص من الضمان العام للدائنين .

وقد ورد نص المادة ٢٣٧ مدنى صريحاً بجواز الطعن فى تصرفات المدين إذا كان التصرف قد انقص من حقوق المدين أو زاد فى التزاماته. وترتيباً على ذلك يجوز للدائن الطعن فى عقد التزم فيه المدين بدفع الثمن وبعقد قرض أبرمه المدين يمكن أن يترتب عليه إعساره أو زيادة فى هذا الإعسار، وبأن يطعن فى تعهد المدين بدفع حصة فى شركة، وبأن يطعن فى عقد تأمين يدفع فيه المدين أقساطاً مرتفعة. كما يجوز الطعن فى كل نزول من المدين عن حق مكتسب له سواء كان حقاً شخصياً أو عينياً .

إنما يثور التساؤل عن إمكانية الطعن فى تصرفات المدين التى لا يترتب عليها إنقاص الضمان العام ولا زيادة التزامات المدين. وتسمى برفض الاغتناء réfus d enrichissement .

ونبادر للإجابة بالنفى، أخذاً من المادة ٢٣٧ التى حددت حالات الطعن بعدم النفاذ فى تصرفات المدين التى تنقص من حقوقه أو تزيد من التزاماته.

فـــرفض الاغتـــناء لـــيس من التصرفات المفقرة التي يطعن عليها بالدعوى البوليصـــية. وتفـــريعاً على ذلك فإن امتناع المدين عن قبول تبرع لا يطعن عليه بالدعوى البوليصية، ورفض المدين قبول الهبة لا يطعن عليه بالدعوى البوليصية فليس في الامتناع سلب لحق المدين ولا تحميله بدين جديد .

ورفض الاغتناء يختلف عن رفض الإبراء. والأول فيما قدمنا لا يطعن علـــيه بـــالدعوى البوليصية لأنه لا يسلب المدين حقاً كان له، ولا يثقله بدين بيـــنما رفـــض الإبـــراء، إنقـــاص مـــن الحقوق يجوز الطعن فيه بالدعوى البوليصية.

فـــإذا كان رفض الاغتناء بالمعنى الذي بسطناه – لا يجوز الطعن عليه بالدعوى البوليصية أخذاً من صريح نص المادة ٢٣٧ مدني. فإنه يستثنى من ذلك حالة خاصة ورد النص عليها بالمادة ٣٨٧ تقضي بأن نزول المدين عن التقادم لا ينفذ في حق الدائنين إذا صدر أضراراً بهم .

والمعـــنى أن نزول المدين عن التمسك بالتقادم لمصلحته، وهو عمل لا ينقص من حقوقه، ولا يثقله بالتزامات، فيدخل لذلك في رفض الاغتناء، ومع ذلك يمكن الطعن فيه بالدعوى البوليصية، شريطة الإضرار بالدائنين .

وإجمالاً، فرفض الإبراء لا يدخل في رفض الاغتناء، وبذا يجوز الطعن فـــيه بعدم النفاذ. ونزول المدين عن التمسك بالتقادم. يدخل في معنى رفض الاغتناء، ويجوز استثناء الطعن فيه بالدعوى البوليصية .

ويـــبقى أن نعـــرض لمسألتين ثار بشأنهما جدل قديم حسمه المشرع : الأول تفضيل المدين لدائن على آخر دون حق بإعطائه تأميناً خاصاً والثانية وفاء المدين لأحد دائنيه .

أ – تفضيل دائن على آخر دون حق :

١٠٠ – قد يلجأ المدين إلى تفضيل أحد دائنيه على الآخرين دون حق بأن يمنحه تأميناً خاصاً كرهن رسمى، أو رهن حيازى. ولهدف حرمان الدائن من هذه الميزة خوله المشرع الطعن فيه بالدعوى البوليصية .

ونلفت النظر – بهذا الصدد لفرضين : الأول أن تكون الميزة، أو التأمين الخاص قد أعطى للدائن معاوضة [1]. وعندها يتعين على الدائن للطعن فى التصرف بالدعوى البوليصية إثبات الغش أو التواطؤ بين المدين والدائن الذى تقرر له هذا الضمان .

فإن كانت الميزة أو التأمين الخاص قد أعطى للدائن تبرعاً، أمكن الطعن فيه بعدم النفاذ دون حاجة لإثبات الغش أو التواطؤ. والمهم أن كسب الطعن يرتب نتيجة مفادها عدم نفاذ الضمان الخاص فى مواجهة بقية الدائنين .

ب – الوفاء لأحد الدائنين :

١٠١ – إذا وفىَّ المدين المعسر أحد دائنيه قبل انقضاء الأجل الذى عين أصلاً للوفاء فإن الوفاء لا يسرى فى مواجهته بقية الدائنين، اعتباراً بأنه محض تبرع لا يسرى فى حق بقية الدائنين وينطبق ذات الحكم إذا كان الوفاء للدائن قد تم بعد انتهاء الأجل، ولكن عن طريق الغش والتواطؤ بين الموفى والموفى له على سند بأن التصرف فى هذه الحالة معاوضة يتعين لعدم نفاذها ثبوت الغش والتواطؤ .

والأثر المترتب على كسب الدعوى عدم نفاذ الوفاء الذى تم فى مواجهة بقية الدائنين، وعلى الدائن الموفى له رد ما قبضه ليقتسمه سائر الدائنين بقسمة الغرماء .

---

[1] كأن يعطى الدائن المدين أجلا للسداد مقابل الضمان الخاص .

ثالثا - الشروط المتعلقة بالمدين والمتصرف إليه :

١٠٢ - يشترط للطعن بالدعوى البوليصية، أن يترتب على تصرف المدين إعساره أو زيادة هذا الإعسار. وأن يكون ثمة غشاً يدبر ضد مصلحة الدائن وبين الإعسار والغش نعرض للمسألة على النحو الآتى :

- شرط إعسار المدين :

١٠٣ - يجب على الدائن للطعن فى تصرف المدين بعدم النفاذ أن يثبت بأن تصرف المدين قد تسبب فى إعساره إذا كان موسراً قبل إبرام التصرف، أو أنه أدى إلى زيادة هذا الإعسار إذا أبرمه المدين وهو أصلاً معسر. فإن لم يكن فى تصرف المدين إعساره ولا زيادة إعساره، فلا يكون للدائن الطعن فيه .

ونلفت النظر بهذا الخصوص لمسألتين : الأولى أن المقصود هو الإعسار الفعلى بزيادة ديون المدين على حقوقه الحالة، والآجلة وليس الإعسار القانونى الذى يفترض صدور حكم بشهره [١]. وتخفيفاً لعبء إثبات الإعسار وهو ثقيل على الدائن نص المشرع بأنه إذا إدعى الأخير إعسار المدين، فليس عليه فى ذلك إلا أن يثبت مقدار ما فى ذمته من ديون بدون حاجة لإثبات حقوق المدين وعلى المدين - لكى يكسب الدعوى - أن يثبت أن له أموالاً تساوى قيمة الديون أو تزيد عليها .

والمسألة الثانية، أنه لا يكفى إعسار المدين أو زيادة إعساره شرط فى الدعوى البوليصية، بل يجب أن تظل حالة الإعسار قائمة إلى وقت رفع الدعوى. بمعنى أنه إذا رفع الدائن الدعوى البوليصية مطالباً بعدم نفاذ

---

[١] المادة ٢٤٩ وما بعدها من القانون المدنى .

تصرف المدين لأنه يعسره أو يزيد فى إعساره، ولكن المدين أصبح موسرا بعد ذلك لم يكن للدائن الحق فى الطعن فى التصرف فليس له مصلحة فيه ولا دعوى بلا مصلحة .

٢ – غش المدين والمتصرف إليه :

١٠٤ – إن كانت الدعوى غير المباشرة تدور حول إهمال المدين، أو قعوده عن استعمال حقوقه لدى الغير. فالدعوى البوليصية أساسها غش المدين، والمتصرف إليه، بما يضر بالضمان العام للدائنين. والأولى، تجازى الموقف السلبى للمدين، والثانية تجازى الموقف الإيجابى للمدين عندما يتصرف فى أمواله بغش وتواطؤ إضراراً بدائنيه إذا أبرم التصرف معاوضة .

والثابت أن الغش la fraude الذى يخول للدائن الطعن فى تصرفات المدين بعدم النفاذ يختلف عن التدليس le dol الذى يعيب الإرادة. والفرق لا يكمن فقط بأن الأول يقضى عليه بعدم النفاذ، والثانى يطعن فيه بالإبطال. بل يتمثل الفرق أساساً بأن التدليس، أفعال احتيالية les manouvres fradeuleuses من أحد طرفي العقد ضد الآخر، بينما الغش يصدر من أحد أطراف التصرف، وهو المدين، ضد طرف خارج التصرف، هو الدائن بقصد الإضرار به .

وثمة مشكلات أربع يثيرها شرط الغش : الأولى، معنى الغش، وهل يشترط لإثباته وجود قصد الإضرار بالدائن ؟ والثانية عن مدى أو نطاق الغش، وهل يشترط توافره فى جميع تصرفات المدين والثالثة، هل يشترط الغش من جانب المتصرف إليه؟ والأخيرة، هل يمكن الرجوع على خلف المتصرف إليه بالدعوى البوليصية بافتراض توافر الغش فى جانبه ؟

وعــن ماهية الغش نرى أنها قسمت الفقه على قسمين : الأول أن الغش لا يعتــبر مــتوافراً ما لم يثبت الدائن أن المدين قصد من تصرفه الإضرار بمصـــلحة الدائن. والثاني أنه لا يلزم ثبوت قصد الإضرار بالدائنين بل يكفي علم المدين بحالة إعساره أو بأن التصرف سيزيد من إعساره. ويبرمه برغم ذلك .

وبيـــن الرأييـــن اتجه المشرع ونؤيده إلى الثاني، فنصت المادة ٢٣٨/١ بأنه يكفي لاعتبار التصرف منطوياً على الغش أن يكون قد صدر من المدين وهو عالم بأنه معسر ". وبذا يقيم النص قرينه على قيام الغش من مجرد علم المدين وقت التصرف فى أمواله بأنه معسر. وهى قرينة بسيطة يكون للمدين نقضـــها بالدليل العكسي. أى يكون له مثلاً إثبات أنه برغم علمه بإعساره لم يقصد من التصرف الإضرار بالدائنين. بأن كان يعتقد أن التصرف سبب فى إثـــرائه. وبغير النص سيكون عسيراً على الدائن إثبات قصد الإضرار لدى المدين. فما يكمن فى النوايا، وما أخفاه الضمير يصعب إثباته .

وعن التساؤل الثانى، فإنه لا يشترط ثبوت غش المدين للطعن بالدعوى البوليصـــية إلا فى المعاوضات. أما إذا كان التصرف تبرعاً فإنه لا ينفذ فى حـــق الدائن، ولو كان من صدر له التبرع حسن النية ولو ثبت أن المدين لم يرتكب غشاً .

وفـــى المسألة الثالثة نرى بأن الغش شرط فى المدين، وفى المتصرف إليه على حد سواء. بمعنى أنه إذا كان التصرف معاوضة وجب على الدائن إثبات غش المتصرف إليه، بأن يثبت الدائن أن من صدر إليه التصرف كان يعلم بغش المدين .

ويعتبر من صدر له التصرف عالماً بغش المدين إذا كان قد علم أن هذا المديـــن معســـر. فعلـــم المتصرف إليه بإعسار المدين قرينة على الغش من

جانب المتصرف إليه. وهى قرينة بسيطة يمكنه إقامة الدليل على عكسها فإن كــان التصرف تبرعاً فإنه لا ينفذ فى حق الدائن حتى ولو كان من صدر له التبرع حسن النية، وحتى لو ثبت أنه لم يرتكب غشاً .

وإجمـــالاً فإن الأحكام الخاصة بالغش من حيث معناه، وإثباته، وحالاته تنطبق بذاتها على المدين، والمتصرف إليه .

ويــبقى أخــيراً أن نوضـــح بأنه إذا تصرف المتصرف إليه بدوره إلى شخص ثالث أمكن الرجوع على الأخير بالدعوى البوليصية. وفى هذه الحالة أى إذا كـــان الخلف الذى انتقل إليه الشيء من المدين قد تصرف فيه بعوض إلى خلف آخر فإنه لا يصح للدائن أن يتمسك بعدم نفاذ التصرف إلا إذا كان الخلف الثانى يعلم بأمرين : غش المدين وعلم الخلف الأول بهذا الغش إذا تم التصـــرف معاوضة، أو كان الخلف الثانى يعلم باعتبار المدين وقت تصرفه للخلف الأول إن كان المدين قد تصرف له تبرعاً .

والمعنى، أن الدعوى البوليصية لا تقبل ضد المتصرف إليه الثانى "خلف الخلــف" sous-acquereur إلا إذا توافــرت شروطها ضد المتصرف إليه الأول بأن يكون سيء النية فى المعاوضات، وتوافرت شروطها كذلك بالنسبة للمتصرف إليه الثانى أى بأن يكون الأخير سيء النية ومعنى سوء نيته علمه بغش المدين إذا كان التصرف معاوضة، أو علم إعسار المدين وقت تصرفه الأول إن كان المدين قد تصرف تبرعاً .

رابعاً – رفع الدعوى فى الميعاد :

١٠٥ – ثمة شرط إجرائى آخر ورد عليه النص بالمادة ٢٤٣ مدنى به تسقط الدعوى البوليصية بالتقادم بمضى أى من المدتين الآتيتين : ثلاث سنوات من

اليوم الذى يعلم فيه الدائن بسبب عدم نفاذ التصرف أو خمس عشرة سنة من الوقت الذى صدر فيه التصرف .

وتعليقاً على النص ننبه لأمرين : الأول أن مدة التقادم القصيرة لا تسرى حتما من يوم صدور التصرف، بل من اليوم الذى يعلم فيه الدائن بسبب عدم نفاذ التصرف اعتباراً بأن الدائن قد يعلم بصدور التصرف لكنه لا يعلم بأسباب عدم نفاذه، كإعسار المدين، أو غشه، وغش خلفه .

والثانية، أنه بمرور الحد الأقصى لتقادم الدعوى وهو خمس عشرة سنة من تاريخ صدور التصرف لا يتصور قبول دعوى عدم النفاذ حتى ولو توافرت شرائطها الموضوعية الأخرى .

الفرع الثانى - آثار الدعوى البوليصية

١٠٦ - بالمادتين ٢٤٠ ، ٢٤١ حدد المشرع آثار الدعوى البوليصية فى مواجهة الدائن والمدين والمتصرف إليه. وهى آثار نرى قبل تفصيلها، أن ننبه بأن الدعوى البوليصية ليست دعوى بطلان، فالأساس فيها عدم الاعتداء بتصرفات المدين الضارة بدايته فيما أساس البطلان تخلف ركن من أركانه انعقاد العقد أو عنصر من عناصر صحته. كذا، فالبطلان يرتب اعتبار العقد كأن لم يكن nul et nul effet بين العاقدين، والغير فيما الدعوى البوليصية لا ترتب بذاتها بطلان التصرف الصادر من المدين. بل يبقى التصرف المطعون فيه بالدعوى البوليصية قائماً فيما بين المدين والمتصرف إليه وكل ما يطلبه الدائن عدم الاحتجاج فى مواجهته بهذا التصرف .

كذا فالدعوى البوليصية ليست دعوى مسئولية أى دعوى تعويض عن فعل خاطىء وقد يحتج على ذلك بأن الدعوى فى أساسها، وأثرها، دعوى

مسئولية. ففيها خطأ من المدين فى تصرفه إلى الغير، وضرر يصيب الدائن الذى يحق له أخذاً من القواعد العامة طلب التعويض .

ومـــردود على ذلك بأن الدائن لا يطلب فى الدعوى البوليصية تعويضاً نقديـــاً عن ضرر أصابه وقد يدعى بهذا الشأن أن الدائن يطلبه عدم الاعتداد فى مواجهته بتصرف المدين إنما يطلب تعويضا عينياً وهو أفضل ولا ريب من التعويض النقدى .

ويعترض على هذا التكييف بأنه يجوز – فى حالات أشرنا إليها [١] رفع الدعـــوى بلا خطأ من المدين ولولا هذه الثغرة Breche لأيدنا الرأى الذى يـــنحو لتكيـــيف الدعوى البوليصية على أنها دعوى تعويض عينى [٢] يتمثل بعدم الاحتجاج بالتصرف قبل الدائن المضرور. ولا يبقى والحال هذه سوى اعتـــبار الدعوى البوليصية دعوى من نوع خاص sui-generis أثرها عدم نفاذ التصرف فى مواجهة الدائن بافتراض توافر الشرائط الأخرى. ويترتب علـــى ذلـــك نتيجتين هما : أن الدائن يختصم فى الدعوى أطراف التصرف المطعـــون فـــيه، المدين، والمتصرف إليه الأول، مع إدخال المتصرف إليه الـــثانى فى الدعوى. والثانية أن التصرف بين المدين والمتصرف إليه يظل قائماً فلا يكون باطلاً طالما توافرت أركان انعقاده وشرائط صحته .

وأخذاً من تكيف الدعوى بأنها دعوى بعدم النفاذ. وحملاً على نتائجها – نبين آثار الدعوى قبل الدائن، والمدين والمتصرف إليه .

---

[١] المقصـــود ما ورد بالمادة ٢/٢٣٨ مدنى بإمكانية الطعن بالدعوى البوليصية ولو كان المتصرف إليه حسن النية إذا كان التصرف تبرعاً .

[٢] وانظر فى اعتبارها دعوى تعويض عينى / عبدالحى حجازى / ص ٢٠٣ .

أ – بالنسبة للدائن :

١٠٧ – الأثر الأولى فى الدعوى البوليصية بالنسبة للدائن عدم نفاذ التصرف فى مواجهته وبذا يعتبر أن الحق لم يخرج من الضمان العام، ويستطيع الدائن رافع الدعوى التنفيذ عليه للوفاء بالدين .

وللمديـن بطبيعة الحال أن يتوقى هذا الأثر بالوفاء بالدين فيسقط بذلك حـق الدائن فى رفع الدعوى. وللمتصرف إليه تفادى أثر الدعوى إذا أودع خـزانة المحكمة لحساب الدائن رافع الدعوى ثمن المثل للشىء الذى اكتسبه. أو أدى إلى الدائن ما هو مستحق له فى ذمة الدين .

ومـتى صدر الحكم فى الدعوى بعدم النفاذ انصرف أثره ليس فقط إلى الدائـن رافـع الدعوى مباشرة الإجراءات وإنما جميع الدائنين الذين صدر التصرف إضراراً بهم .

وثمـة فرض آخر، لا يكون فيه بمكنه الدائن استعادة المال الذى خرج مـن الضمان العام، كما لو اكتسبه المتصرف إليه بعوض وبحسن نية، ولكن الدائـن مضـرور مـن التصرف بما يخوله طلب التعويض عن العمل غير المشروع أخذاً من القواعد العامة .

ب – أثر الدعوى بالنسبة للمدين والمتصرف إليه :

١٠٨ – الأثـر الجوهـرى فى دعوى عدم النفاذ، بقاء التصرف الذى أبرمه المدين صحيحاً فى العلاقة بينه وبين المتصرف إليه. مع عدم نفاذه – بطبيعة الحال فى مواجهة الدائنين .

ويكون للمتصرف إليه، وقد اعتبر التصرف غير نافذ فى مواجهة دائنى المديـن الرجوع على المدين بالتعويض عن إخلاله بتنفيذ الالتزامات الناشئة عن التصرف. فضلاً عن فسخ العقد طبقاً للقواعد العامة .

المطلب الثالث - دعوى الصورية

نصان، تعليق، وتقسيم :

١٠٩ - بمادتين عرض المشرع لدعوى الصورية، فقضت المادة ٢٤٤ بأنه إذا أبـــرم عقد صورى فلدائنى المتعاقدين وللخلف الخاص، متى كانوا حسن النـــية أن يتمسكوا بالعقد الصورى، كما أن لهم أن يتمسكوا بالعقد المستتر، ويثبتوا بجميع الوسـائل صورية العقد الذى أخذ بهم .

وإذا تعارضـــت مصـــالح ذوى الشـــأن، فتمسك بعضهم بالعقد الظاهر وتمسك الآخرون بالعقد المستتر، كانت الأفضلية للأولين وفى المادة ٢٤٥ إذا ســـتر المـــتعاقدان عقـــداً حقيقياً بعقد ظاهر فالعقد النافذ فيما بين المتعاقدين، والخلف العام هو العقد الحقيقى .

والمتأمل بالتقنين يرى بأن المشرع لم يعرف الصورية إلا بطريقا غير مباشـــر يســـتفاد مـــن عبارات " العقد الحقيقى، والعقد المستتر بما يعنى أن الصورية تتمثل فى وجود خفى يزدوج بتصرف ظاهر بعدم أو بغير أو ينقل آثاره [١] .

والصـــورية هـــى إجـــراء مظهـــر كاذب عند إجراء تصرف قانونى وشروطها أربعة : أن يوجد عقدان، مختلفان، متعاصران أحدهما ظاهراً وهو الصورى والآخر خفى وهو الحقيقى .

وثمـــة علاقة بين الصورية والمحافظة على الضمان العام للدائنين [٢]، عندما يلجأ المدين إضراراً منه بدائنيه إلى إجراء تصرف صورى لا وجود

---

(١) فى جمال زكى / ص ٧٩ / بند ٢٨ / وفتحى عبدالرحيم / ص ١٣٢ / بند ٩٤ .

(٢) هى التى دفعت المشرع لتناول الصورية بعد الدعوى البوليصية بما يؤكد الرابطة بين حمايـــة الضـــمان العام، والطعن بالصورية. وفيما عدا ذلك فالصورية تتحقق بها أهداف أخرى بما فى ذلك التحايل على نصوص القانون .

لـــه فـــى الحقـــيقة والواقع بما فى ذلك مثلاً أن يبيع المدين مالاً للغير بقصد الانتقاص من الضمان العام للدائنين بينما يتفق والمشترى بأن البيع لا وجود له .

١١٠ - وفى كل الحالات، فالصورية على نوعين : مطلقة ونسبية والأولى تـــرد على وجود التصرف ذاته أى يكون العقد الظاهر لا وجود له، أى أن ورقـــة الضـــد لا تخفـــى أى عقد حقيقى بما فى ذلك مثلاً أن يرغب المدين التهرب من الضمان العام للدائنين، فيبيع ما له صورياً إلى آخر ويتفقان على أن البيع لا وجود له .

أمـــا الثانـــية، فلا يعدم فيها التصرف الخفى، التصرف الظاهر، فيكون للتصـــرف وجود حقيقى لكن الطرفين أعطياه صورة أخرى كهبة فى صورة بيع، أو بيع فى صورة هبة. وفى الأولى العقد الظاهر هو البيع وهو صورى والعقـــد المســـتتر الهـــبة وهو العقد الحقيقى. وفى الحالة الثانية يكون العقد الظاهـــر هـــو الهـــبة، وهو العقد الصورى، والعقد المستتر البيع وهو العقد الحقيقى .

والصـــورية فيما ذكرناه من أمثلة تسمى الصورية بطريق التستر par voie de déguisement وقد تنصب الصورية النسبية على ركن من أركان العقـــد أو شرط من شرائط صحته. كعقد بيع عقارى يذكر فيه ثمن أقل من الثمـــن الحقـــيقى بقصد التهرب من رسوم التسجيل المرتفعة. أو بيع عقارى يذكـــر فـــيه ثمـــن أكبر من الحقيقى لمنع الشفيع من المطالبة بالشفعة وفى الحالتين يحتفظ الأطراف بورقة الضد وفيها الثمن الحقيقى .

وقـــد تنصب الصورية على تاريخ إبرام العقد. كبيع فى مرض الموت يقدم فيه التاريخ سابقا على بدء المرض. حتى لا يطعن فيه .

وقـــد تتناول الصورية سبب التصرف كأن يذكر بعقد الإيجار أن سببه سكنى المستأجر، ويكون السبب الحقيقى إدارته لأعمال القمار .

وقـــد تكـــون الصورية فى شخص أحد المتعاقدين، أى لإخفاء شخصيته لوجود مانع يحول دون التصرف إليه فيما يسمى بالصورية بطريق التسخير interposition de personne ومـــثال ذلك أن يمنع القانون الهبة الصادرة إلـــى شـــخص معيـــن. فيوسط الواهب شخصاً آخر مهمته تلقى الهبة يسمى بالمسخر على أن ينقل المال الموهوب بعد ذلك إلى الموهوب إليه الحقيقى .

فالصـــورية بطـــريق التســـخير تفترض أن الشخص يتعاقد مع شخص مسخر لمصلحة شخص ثالث هو المقصود ويكون عالماً بالتسخير .

والصورية بالتسخير تختلف لذلك عن التعاقد بالتسخير prête-nom أو باسم مستعار طالما أن الشخص المستعار وكيل أو نائب لا يفصح عن نيابته للغـــير الـــذى يـــتعاقد معـــه على عكس الحال فى صورة النيابة العادية أما الشخص المسخر، فإنه يتعاقد مع الغير باسمه ويصبح مسئولاً عن تنفيذ العقد، ثم يقوم بعد ذلك بنقل آثار العقد إلى من سخره .

١١١ - ونلفـــت النظر إلى حالات حظر فيها القانون على بعض الأشخاص إبـــرام بعـــض التصـــرفات القانونية لا باسمهم ولا باسم مستعار أو بطريق التسخير من ذلك ما ورد بنص المادة ٤٧١ مدنى بأنه " لا يجوز للقضاة ولا لأعضـــاء النيابة ولا للكتبة ولا للمحضرين أن يشتروا لا بأسمائهم ولا باسم مســـتعار الحـــق المتنازع فيه كله أو بعضه إذا كان النظر فى النزاع يدخل ولاية الجهة القضائية التى يباشرون أعمالهم فى دائرتها .

ومـــا ورد نص المادة ٤٨٠ يمنع السماسرة والخبراء من شراء الأموال المعهود إليهم في بيعها أو في تقدير قيمتها سواء أكان الشراء باسمهم أو باسم مستعار .

وأخذا من المادة ٤٧٩ يحرم على النائب شراء ما نيط به بيعه سواء تم الشراء باسمه أو باسم مستعار .

وإجمـــالا فالصورية المطلقة تنصب على وجود التصرف ذاته، أى أن العقد الظاهر لا يخفي أى عقد خفي. أما الصورية النسبية فقد تتصل بشخص أحـــد المتعاقديـــن، أو بطبـــيعة التصرف أو بركن فيه، أو شرط من شروط صـــحته. والمهـــم أن للصورية بنوعيها علاقة بحماية الضمان العام للدائنين عندما يلجأ المدين إضراراً بدائنيه إلى جراء تصرف صوري يخرج به المال مـــن الضـــمان العـــام، فـــيرفع الدائن دعوى كشف الصورية Action en déclaration de simulation وبـــذا يمكـــنه التنفـــيذ على المال موضوع التصـــرف مـــتخففاً أحـــياناً من الشرائط القاسية فى دعاوى أخرى. فيمكن بالصـــورية للدائن أن يثبت أن البيع حقيقته هبة، وعندها يكون له الطعن فى التصرف بالدعوى البوليصية دون حاجة لإثبات الغش، والتواطؤ .

١١٢ - ومـــع ذلـــك ننبه بأن الدعوى البوليصية أشد خطراً على المدين من دعـــوى الصورية. فالأولى تتضمن تدخلاً أبعد فى أعمال المدين، وهو عدم نفـــاذ التصـــرف الـــذى أبرمه فى مواجهته دائنيه. بينما لا يطلب الدائن فى الصورية سوى الكشف عن عدم وجود التصرف أو الكشف عن حقيقته لذا، فشـــرائط دعوى عدم النفاذ أشد قسوة من شرائط دعوى الصورية ما دام أن أثر الأولى أشد جسامة من الثانية. فلا يشترط للطعن بالصورية أن يكون حق الدائـــن مســـتحق الأداء، ولا ســـابقاً فى وجوده للتصرف المطعون فيه، ولا يشترط قصد الإضرار بالدائنين لرفعها. ولا تسقط الدعوى بالتقادم .

فــإذا انتهينا بأن ثمة فروق بين دعوى الصورية والدعوى البوليصية، مــردها النــتائج المترتبة على كل منهما. فالثابت كذلك أن دعوى الصورية تختلف كذلك عن الدعوى غير المباشرة فالأولى يرفعها الدائن باسمه لا باسم المدين على خلاف الحال فى الدعوى غير المباشرة .

ولا يشـــترط لاســتعمال الصـــورية إعسار المدين بعكس الدعوى غير المباشرة .

ونعــرض بدايــة لأثــر الصـــورية فيما بين المتعاقدين والخلف العام، وبالنسبة للغير. ثم نبين الحكم الصادر فى الدعوى، وتقادمها .

الفرع الأول - أثر الصورية

١١٣ - يتعيــن فى أثر الصورية التفرقة بين المتعاقدين والخلف العام، وبين أثرها بالنسبة للغير .

أولاً - بالنسبة للمتعاقدين والخلف العام :

١١٤ - تكون العبرة بالعقد الحقيقى دون العقد الظاهر بما يتمشى مع الإرادة الحقيقــية لأطــراف التصرف. ويترتب على ذلك نتيجتين الأولى أن أركان العقــد، وشرائط صحته ينظر فيها إلى العقد الحقيقى لا العقد الصورى. فإن ستر المتعاقدان عقد بيع فى صورة هبة وجب توافر الشرائط اللازمة لانعقاد البيع لا الهبة. كما يخضع العقد فى آثاره جميعاً إلى أحكام البيع لا الهبة .

وإن كانــت القــاعدة بالمعنى الذى بسطناه - النظر فى شرائط العقد وأحكامه إلى العقد المستتر. فإنه من ناحية الشكل يكون العقد صحيحاً إذا تم فـــي الشكل الذى اتخذه العقد الظاهر. وعليه، فالبيع المستتر فى صورة الهبة يصح من الناحية الشكلية متى اتخذ شكل الهبة، ويشترط لانعقادها أن تتم فى الشكل الرسمى الذى رسمه القانون .

ونتيجة بأن العقد الحقيقي يحتج به ليس فقط في علاقة المتعاقدين وإنما كذلك بالنسبة للخلف العام لهما. والمقصود بالخلف العام الوارث بحيث لو باع (أ) إلى (ب) عيناً معينة بيعاً صورياً لا يكون للمشترى أى حق عليها ولا يكون ذلك لورثته أيضاً. بل تبقى العين في المثال السابق للبائع، وينتقل منه إلى ورثته أيضاً. كما يدخل في معنى الخلف العام الموصى إليهم بحصة في التركة كلها .

والنتيجة الثانية : أنه إذا كان المعول عليه فيما بين المتعاقدين وخلفهما العام بما اتجهت إليه الإرادة الحقيقية أى بالعقد الحقيقي لا الصورى. فالمعنى أنه إذا كانت الصورية مطلقة فإن التصرف الحقيقي لم يوجد أصلاً لانعدام الإرادة الجدية. وإذا كانت الصورية نسبية، فالعبرة تكون بالنسبة لشرائط العقد الموضوعية بالعقد الحقيقي. فإن سترت تصرفاً صحيحاً كانت صحيحة وإن كانت تخفى تصرفاً باطلاً كانت باطلة ليس لأنه صورى، ولكن لأن شرائطه باطلة. والمعنى أن الصورية بذاتها ليست سبباً في بطلان التصرف بل الأصح أن التصرف الصورى يكون باطلاً أو صحيحاً بالنظر لعناصر التصرف الحقيقي وشرائطها .

إثبات الصورية فيما بين المتعاقدين وخلفهما العام :

١١٥ – الأصل في إثبات الصورية أن على من يدعيها يقع عبء الإثبات. والمبدأ أنه لا يجوز للمتعاقدين والخلف العام إثبات ما يخالف الثابت بالكتابة إلا بالكتابة أى حتى ولو لم تزد القيمة على خمسمائة جنيه وهو نصاب الشهادة فإذا لم توجد كتابة، فلا يجوز إثبات صورية العقد المكتوب بالشهادة أو بالقرائن، ولكن بإقرار الخصم في الدعوى أو بنكوله عن اليمين .

وثمة حالات استثنائية يجوز فيها الإثبات بالشهادة والقرائن لما كان يجب إثباته بالكتابة، وعندها يجوز للمتعاقد أن يثبت الصورية بأحد هذين الطريقين والحالات المذكورة ثلاثة : هى وجود مبدأ ثبوت بالكتابة يدل على الصورية. والمقصود أى كتابة تكون صادرة من الخصم، تجعل التصرف المتنازع فيه قريب الاحتمال .

أو وجود مانع مادى أو أدبى يحول دون الحصول على الكتابة أى على ورقة الضد .

أو فقد الورقة بعد الحصول عليها بسبب أجنبى .

وفى الحالات الثلاث السابقة يكون للمتعاقد إثبات الصورية بالبينة والقرائن حتى ولو كان العقد الصورى مكتوباً، وحتى لو كانت قيمته تزيد عن نصاب الشهادة .

وثمة حالة أخرى يجوز فيها إثبات الصورية بجميع طرق الإثبات، إذا قصد من الصورية الغش أو التحايل على أحكام القانون للتهرب من أحكامه وهو استثناء ينطبق حتى ولو لم توجد حالة من الحالات الثلاث المذكورة .

وتفريعاً على ذلك إذا ستر المتعاقدان القرض فى صورة هبة بقصد الاستمرار فى علاقات غير مشروعة، عندئذ يجوز إثبات صورية القرض بجميع طرق الإثبات ليدل على أن السبب الحقيقى غير مشروع وإذا باع المورث المال، وكان يقصد به الوصية لا البيع، للتحايل على أحكام الميراث كان للورثة بجميع طرق الإثبات بيان حقيقة التصرف، بما يخضعه لأحكام الوصية لا البيع .

• وإذا ذكر المورث، والمتصرف إليه تاريخاً سابقاً على التصرف ليجعلاه سابقاً على مرض الموت، أمكن للورثة بجميع طرق الإثبات بيان التاريخ الحقيقى للتصرف تمهيداً للطعن على التصرف بأنه صادر فى مرض الموت.

ثانياً – أثر الصورية بالنسبة للغير :

١١٦ – فى تحديد آثار الصورية بالنسبة للغير ورد بنص المادة ٢٤٤ مدنى، بأنـــه إذا أبـــرم عقد صورى، فلدائنى المتعاقدين وللخلف الخاص متى كانوا حســـنى النية التمسك بالعقد الصورى، كما يكون لهم التمسك بالعقد المستتر. ويمكـــن لهؤلاء بجميع طرق الإثبات – إثبات صورية التصرف الذى أضر بهم .

أمـــا إذا تعارضـــت مصـــالح ذوى الشأن فتمسك بعضهم بالعقد الظاهر وتمسك الآخرون بالعقد المستتر كانت الأفضلية للأولين .

وقـــبل أن نفصل حكم الصورية بالنسبة للغير ننوه بأن الغير tiers فى معـــنى الصورية، الدائن العادى، وخلفه الخاص، على ما ورد بالنص. وكذا ســـائر الأشخاص الذين لهم حقوق تتأثر بالتصرف، حتى ولو لم يتم ذكرهم بالـــنص العادى لكل من طرفى العقد يعد تميزاً، شريطة أن يكون حقه محقق الوجود خال من النزاع. فليس بشرط للطعن بالصورية أى على ما أسلفنا – أن يكون حق الطاعن مستحق الأداء exigible ولا معلوم المقدار، ولا سابقاً علـــى إبرام التصرف الصورى. فلدائن الواهب التمسك بصورية الهبة حتى يظل المال فى الضمان العام له ويعتبر غيراً فى معنى الصورية أيضاً الخلف الخـــاص لأى مـــن طرفى العقد والخلف الخاص، هو من انتقل إليه من أحد العـــاقدى فـــى حق خاص على مال معين بالذات. بما فى ذلك المشترى من أحدهمـــا. والمنتفع والدائن المرتهن. وليس من المهم أن يكون من انتقل إليه الملكية أو الحق العينى المتفرع عنها " حق الانتفاع " أو الحق العينى التبعى "حق الرهن" قد اكتسب حقه قبل التصرف الصورى أو بعد .

وتفـــريعاً على ذلك إذا أبرم بيع صورى بين (أ) هو البائع و (ب) وهـــو المشترى، اعتبر غيراً أى شخص آخر اكتسب بعد البيع الصورى أو

قبله من البائع أو من المشترى أى حق عينى أصلى أو تبعى على العين. بما فـــى ذلك المشترى من أيهما، والموهوب إليه، والدائن المرتهن. وكذا المحال له بالدين – فهو فيما سنرى – خلف خاص للمحيل فى الحق المحال به .

وتفــريعاً علـــى ذلك إذا كان (أ) فى المثال السابق قد باع العين مرتين الأولى إلى (ب) كبيع صورى – والثانية إلى (ج) استطاع الأخير الطعن فى صـــورية البـــيع الأول حتى ولو كان قد تم تسجيله [1] ولا يغير من ذلك أن يكـــون عقد المشترى الثانى " ج " غير ثابت التاريخ. أو كان له تاريخ ثابت لاحق لتاريخ العقد المذكور .

وأخيراً يعتبر غيراً فى معنى الصورية أى شخص آخر له حقوق تتأثر بالتصـــرف الصـــورى، أى ولو لم يكن من بين الأشخاص الذين تم ذكرهم بالمادة ٢٤٤ مدنى. بما فى ذلك مثلاً الشفيع، بالنسبة للعقد الذى يشفع فيه. فله إثـــبات أن الثمـــن صورى أو أن العقد بيع وليس هبة. ويتسنى للشفيع إثبات الثمـــن الحقيقى أو حقيقة العقد بجميع طرق الإثبات لأن القصد من صورية الثمن التحايل على القانون بتعطيله عن الأخذ بالشفعة. ولأن القصد من ستر البيع فى الهبة منع الشفيع عن الأخذ بالشفعة. إلى لا نكون إلا فى البيع وليس فى أى عقد آخر .

---

[1] وتفســـير ذلـــك أن الملكـــية العقارية تنتقل بالعقد وتسجيله فإذا انعدم الأول فلا يمكن للتســـجيل أن يصـــححه – ويظل البيع برغم تسجيله. قابلا للطعن فيه – ويتفرع عن ذلك نتائج منها إذا كان عقد البيع صوريا صورية معلقة قوامها الغش لا يكون له وجود قانونا وبالـــتالى فـــإن تســـجيله وعدمه سواء لذا يكون للمشترى الثانى. بعقد غير سجل الطعن بصـــورية عقد المشترى الأول فإذا نجح فى إثبات الصورية كانت الأفضلية له – وانظر أحمـــد الزقرد / الوجيز فى عقد البيع فى القانون المدنى الكويتى / ١٩٩٩ / ص ١٤٠ / بند ١٥٠ – ونقض ٢٤/٤/١٩٨٠ / أحكام النقض / س ٣١ / ص ١٢٠١ .

فـإذا انتهينا بأن الغير فى الصورية على ما أسلفنا. بقى أن نوضح آثار الصـورية بالنسـبة لهذا الغير. وننوه بأنه أثر لا يخرج عن فروض ثلاثة : للغير أن يتمسك بالعقد المستتر وهو الحقيقى .

وللغير أن يتمسك بالعقد الظاهر وهو الصورى شريطة أن يكون حسن النية .

فـإذا تعارضـت – مصالح الغير – كانت الأفضلية لمن يتمسك بالعقد الظاهر .

أولاً – للغير التمسك بالعقد المستتر :

١١٧ – يكـون للغير بداية رفع دعوى الصورية لإثبات حقيقة التصرف أى أن العقـد المسـتتر هو الذى يسرى فى الأصل فى حق الغير. ويمكن للغير إثبات حقيقة التصرف إعمالاً للمادة ٢٤٤ مدنى بجميع طرق الإثبات. فالغير ليس طرفاً فى العقد، وبذا لا يلزم بتقديم سند كتابى مثبت للتصرف الحقيقى .

وبـذا يكون للدائن العادى للبائع أن يثبت بجميع طرق الإثبات صورية البيع أو إثبات العقد الحقيقى. وبذا لا يخرج المبيع من ملك البائع .

ثانياً – للغير حسن النية التمسك بالعقد الظاهر " الصورى " :

١١٨ – كذا، يجوز للغير وفقاً لمصلحته التمسك بالعقد الظاهر. أى الصورى بشـرط أن يكون حسن النية لا يعلم بحقيقة التصرف. والحكمة حماية الغير حسـن النية أى الذى لا يعلم بالتصرف المستتد ضماناً لاستقرار المعاملات. فالصـورية اصـطناع مظهر كاذب يطمئن إليه الغير ويتعامل على أساسه خصوصاً، ولم يتيسر له الكشف عن العقد الحقيقى. لذا يتعين السماح لهؤلاء – حماية للمنفعة المشروعة التمسك بالعقد الظاهر. ولعل هذا ما يفسر اشتراط

المشرع لذلك حين نية الغير أى عدم العلم بحقيقة التصرف. وحسن النية هو الأصل – وعلى من يدعى عكسه إثباته .

ثالثاً – الأفضلية عند تعارض المصالح :

١١٩ – إذا تعارضت مصالح ذوى الشأن من الغير. فتمسك البعض بالعقد الظاهر وهو الصورى. وتمسك البعض الآخر بالعقد المستتر وهو الحقيقى فلمتى الأفضلية إذن ؟ أجابت عن ذلك المادة ٢/٢٢٤ بأنها لمن يتمسك بالعقد الظاهر، حماية لاستقرار المعاملات ويضرب الفقه مثلاً على ذلك ببيع صورى، يتمسك فيه دائن البائع بالعقد الحقيقى، ويتمسك فيه دائن المشترى بالعقد الظاهر، وعندئذ الأفضلية تكون لدائن المشترى .

الفرع الثانى - أثر الحكم بالصورية، وتقادم الدعوى

١٢٠ – دعوى الصورية قد ترفع من طرف على آخر فى العقد. وقد يكون الطعن فيها بدفع على دعوى مرفوعة. وقد يرفعها الغير على طرفى العقد وبذا يختلف دعوى الصورية – من هذه الزاوية – عن الدعوى البوليصية .

وفى كل الحالات بأن الحكم فى دعوى الصورية ينطبق أثره على الطرفين وعلى الدائنين العاديين وهذا مهم .

والصورية لا تسقط بالتقادم، فالهدف منها الكشف عن حقيقة مستمرة لمن تنقطع، أى ليس لها تاريخ حتى يسقط بالتقادم .

المطلب الرابع - الحق فى الحبس

نصوص ثلاثة، تعليق وتقسيم :

١٢١ - بالجزء الثانى من الفصل الثالث من الباب المخصص لآثار الالتزام عرض المشرع للحق فى الحبس بعنوان إحدى وسائل الضمان .

فتنص المادة ٢٤٦ مدنى بأن " لكل من التزم بأداء شئ أن يمتنع عن الوفاء به ما دام الدائن لم يعرض الوفاء بالتزام مترتب عليه بسبب التزام المدين ومرتبط به أو ما دام الدائن لم يقم بتقديم تأمين كاف للوفاء بالتزامه هذا .

ويكون ذلك بوجه خاص لحائز الشئ أو محرزه، إذا هو أنفق عليه مصروفات ضرورية أو نافعة، فإن له أن يمتنع عن رد هذا الشئ حتى يستوفى ما هو مستحق له، إلا أن يكون الالتزام بالرد ناشئاً عن عمل غير مشروع " .

وبالمادة ٢٤٧ أن " مجرد الحق فى الحبس الشئ لا يثبت حق امتياز عليه .

وعلى الحابس أن يحافظ على الشئ وفقاً لأحكام رهن الحيازة وعليه أن يقدم حساباً عن غلته .

وإن كان الشئ المحبوس يخشى عليه الهلاك أو التلف فللحابس أن يحصل على إذن من القضاء فى بيعه وفقاً للأحكام المنصوص عليها فى المادة ١١١٩ وينتقل الحق فى الحبس من الشئ إلى ثمنه .

وتنص المادة ٢٤٨ بأن الحق فى الحبس ينقضى بخروج الشئ من يد حائزه أو محرزه .

ومع ذلك يجوز لحابس الشيء إذا خرج الشيء من يده خفية أو بالرغم مـن معارضته أن يطلب استرداده، إذا هو قام بهذا الطلب خلال ثلاثين يوماً مـن الوقت الذى علم فيه بخروج الشيء من يده وقبل انقضاء سنة من وقت خروجه .

والمـتأمل بالنصوص الثلاثة يرى بأن المشرع جاء بنظرية عامة للحق فـي الحبس، تختلف عن الخطة التي أوردها المشرع الفرنسي الذى اقتصر على حالات مبعثرة على سبيل الحصر من الحق في الحبس. وإن كان الفقه الفرنسي الحديث – يمتد بهذا الحق عن طريق القياس على حالات أخرى لم يرد بها نص، فاقترب موقفه لذلك وموقف المشرع المصرى .

والنصـوص السـابقة صـورت الحق في الحبس تصويراً يكشف عن حقيقـته، فجعلـت منه مجرد دفع exception من الدفوع يعتصم به الدائن بوصـفه وسـيلة من وسائل الضمان لا يختلط بالحقوق العينية ولا يشاركها مقوماتهـا. أي أن المشـرع اسـتعاض عن بيان أحوال الحبس على سبيل الحصـر بإيراد قاعدة عامة لها من السعة ما يؤهلها لتناول جميع التطبيقات التي يملى العقل فيها وجوب تخويل هذا الحق .

ويقـوم الحـق في الحبس على مبدأ من العدالة مفاده أن الدائن إذا كان مديناً – في ذات الوقت لمدينه، فمن حقه أن يستوفى الدين الذى له من الدين الـذى عليه فإذا فرضنا أن ثمة شخصين يحرز أحدهما شيئاً يجب عليه أداؤه لآخر وله في ذات الوقت حق قبله مرتبط بالتزامه هذا. كان له حبس الشيء الـذي يحرزه حتى يستوفى حقه. وتفريعاً على ذلك يكون للبائع حبس المبيع حتى يستوفى الثمن. وللمودع لديه حبس الوديعة حتى يتقاضى نفقات حفظها. وللصانع حبس الشيء حتى يستوفى أجره .

١٢٢ - والحـــق فـــى الحبس يتنازعه فى القانون المقارن نظريات ثلاث : الأولـــى تضيق من الحق الحبس على سند بأنه محض امتياز، ولا امتياز إلا بـــنص، فوجـــب لذلـــك تضـــييق حالاتـــه علـــى العقـــود التبادلـــية C.synallagmatiques وفـــيها يكون لكل من المتعاقدين. وهو دائن ومدين فـــى ذات الوقـــت - أن يمتنع عن أداء ما تعهد به حتى ينفذ المتعاقد الآخر الـــتزامه. أما النظرية الثانية، فعلى العكس توسع من الحق فى الحبس فتطلقه على كل الحالات التى يجوز فيها الدائن شيئاً لمدينه، دون اشتراط رابطة بين الشيء الواجب رده والالتزام المقابل .

أمـــا النظرية الثالثة، وتقضى بالحق فى الحبس فى الحالات التى يوجد فـــيها ارتباط بين الحق المطلوب والتزام الحابس بالرد [١] وهذه النظرية هى الـــتى كرســـها المشرع المصرى بالمادة ٢٤٦ مدنى بنصه على أنه لكل من التزم بأداء شيء أن يمتنع عن الوفاء به مادام الدائن لم يعرض الوفاء بالتزام مترتب عليه بسبب التزام المدين ومرتبط به " وهى النظرية التى عليها أغلب التشريعات الحديثة كالقانون الألمانى، والقانون السويسرى .

والمهـــم أن المادة ٢٤٦ عرضت فى فقرتها الأولى لشرائط الحق فى الحـــبس وهـــى ثلاثة : وجود التزام على الحابس بأداء الشيء، ووجود حق للحـــابس مستحقاً الأداء فى ذمة المدين، ووجود ارتباط بين الحق والالتزام. بينما نصت الفقرة الثانية على تطبيق خاص للحق فى الحبس .

بيـــنما تناولت المادة ٢٤٧ آثار الحق فى الحبس، فبينت حقوق الحابس، والتزاماته .

---

(١) فيما يسمى باللاتينية : delrtum cum re junctum

وحـــددت صراحة أن الحق فى الحبس ليس امتيازا. وأخيرا فإن أسباب انقضـــاء الحـــق فى الحبس قد ورد النص عليها بالمادة ٢٤٨ مدنى محمولة على أسباب الانقضاء الالتزام فى القواعد العامة .

وإيجـــازا، فإن الحق فى الحبس أحد وسائل الضمان لحقوق الدائنين إذا توافرت شرائطه. والمشرع يبنى مذهباً لا يضيق من حالاته، ولا يوسع منها بل يقيده بشروط مردها خروجه على قاعدة عدم جواز اقتضاء الشخص حقه بنفســـه. فضـــلاً عن كونه وهو ليس امتيازاً للدائن. إلا أنه يرتب عملاً تميز الدائن الحابس عن غيره من دائنى المدين .

تقسيم :

١٢٣ - إذا ما كان إطار دراستنا على ما تقدم فإننا نعرض لخطتها. فنتناول بداية شروط الحق فى الحبس، ثم آثاره، وأخيراً نعرض لأسباب انقضائه .

الفرع الأول - شروط الحق فى الحبس

١٢٤ - علـــى ســـبيل الحصـــر، وردت شروط الحق فى الحبس فى المادة ٢٤٦/١ مدنـــى وهـــى : الشرط الأول. وجود شيء في يد الدائن عليه أداؤه لمدينه .

الحق فى الحبس إذن يفترض وجود شيء فى حيازة الحابس عليه التزام بأدائـــه لمدينـــه وقـــد يكون الشيء المحبوس مملوكاً للمدين، ويكون الدائن الحـــابس حائزاً له بنية تملكه، كما لو اشتراه من غير مالك مثلاً واتفق عليه مصروفات يحق له استردادها. أو يكون الدائن الحابس حازها عرضاً بما فى ذلك المستأجر، والمستعير، والمودع لديه. ولهم جميعاً الحق فى حبس الشيء مقـــابل اســـترداد المصـــروفات التى أنفقت عليه. وقد أشارت لهؤلاء المادة الســـابقة بقولهـــا حائز الشيء، أو محرزه. على أن تنصرف اللفظة الأولى لواضـــع اليد بنية تملكه، وتنصرف الثانية إلى واضع اليد بدون نية للتملك .

وثمة فروض أخرى يكون فيها الشيء المحبوس مملوكا للدائن الحابس نفسه وعليه التزام بأدائه للمدين بما في ذلك مثلاً أن للمؤجر وهو مالك للعين المؤجرة أن يحبسها عن المستأجر حتى يستوفي ما اشترط عليه من أجره معجلة .

أما إذا كان حائز الشيء أو محرزه قد تحصل عليه من عمل غير مشروع فلا يكون له الحق في حبسه. وتفريعاً على ذلك إذا سرق (أ) منقولاً، وانفق عليه مصروفات لإصلاحه لا يكون له الحق في حبسه لاسترداد ما أنفق عليه .

وإذا اغتصب (أ) عقاراً، أنفق عليه مصروفات ضرورية لا يكون له حبسه لأجل استرداد ما أنفق عليه .

الشرط الثاني - وجود حق للدائن الحابس مستحق الأداء :

١٢٥ - الحق في الحبس فيما أسلفنا وسيلة لضمان حق الدائن، بطريق حمل المدين على تنفيذ التزامه لذا يتعين أن يكون حق الدائن الحابس مستحق الأداء وهو مرتبة في الحقوق أعلى. فيشترط من باب أولى أن يكون حق الدائن محقق الوجود وخال من النزاع. وألا يكون معلقاً على شرط ولا مضافاً لأجل، ويستثنى من ذلك الأجل الذي يمنحه القاضي. فيما يسمى بنظرة الميسرة فلا يحول دون استعمال الدائن الحق في الحبس. وكذا إذا تبرع الدائن بالأجل للمدين لا يمنعه من استعمال الحق في الحبس .

وجود ارتباط بين حق الحابس، والتزامه بأداء الشيء :

١٢٦ - عبر المشرع عن هذا الارتباط بقوله في المادة ١/٢٤٦ " لكل من التزم بأداء شيء أن يمتنع عن الوفاء به، ما دام الدائن لم يعرض الوفاء بالتزام مترتب عليه بسبب التزام المدين ومرتبط به ... " .

وحيث يوجد ارتباط بين الالتزام والدين يمكن استعمال الحق فى الحبس وهو ما يعرف باللاتينية debitum cum re junctum [(1)] أى أنه يجب أما يوجد علاقة ما بين العين المحبوسة والدين المحبوسة من أجله، لكن لا ترقى إلـــى مرتبة رابطة السببية بين الحق والالتزام، كما يبدو لأول وهلة من نص المادة ٢٤٦/ ١ مدنى .

والارتـــباط la connexité بين حق الحابس والتزامه برد الشىء يمكن أن يكون قانونياً، أو مادياً على النحو الآتى بيانه :

أولاً – الارتباط القانونى :

١٢٧ – المقصود بالارتباط القانونى، علاقة تبادلية بين التزام الدائن الحابس بـــرد الشـــىء المحـــبوس وبين حقه قبل المدين، وبعبارة أخرى أن الالتزام والحق متولدان من عقد واحد .

ويستوى فى ذلك أن تكون العلاقة التبادلية ناشئة من عقد ملزم للجانبين synallagmatique فـــيكون الحق فى الحبس – فى هذا الفرض – محض دفـــع بعـــدم التنفيذ [(2)] بما فى ذلك مثلاً أن يحبس المقاول الشىء الذى يقوم بتصـــنيعه حتى يستوفى الأجرة، وحق رب العمل فى حبس الأجرة للحصول علـــى إنهاء العمل. وحق البائع فى حبس المبيع إلى أن يستوفى الثمن، وحق المشترى فى حبس الثمن حتى يتسلم المبيع .

ب – وقـــد تنشـــأ العلاقة التبادلية التى تخول استعمال الحق فى الحبس كأثر لجـــزاءات انعقاد العقود أو قواعد تنفيذها، بما فى ذلك بطلان العقد أو فسخه

---

(1) ترجمة للعبارة الفرنسية :
" rapport de connexité entre la dette et la chose " .

(2) فقد نصت عليه المادة ١٦١ مدنى بقولها "

.. ولهمـــا – فيما نعلم أثر رجعي، يقضى بإلزام كل متعاقد برد ما أخذ، أى يكـــون لكـــل منهما حبس ما أخذه مقابل التزام الآخر برد ما تسلمه. فيحبس الـــبائع مـــثلاً، فى بيع باطل أو فى بيع حكم بإبطاله الثمن الذى قبضه مقابل التزام المشترى برد المبيع الذى تسلمه أو العكس .

ج – وقد تتولد العلاقة التبادلية عن عقد ملزم لجانب واحد، وفيها ينشأ للمدين حـــق مـــن مصدر آخر خلاف العقد. بما فى ذلك مثلاً حق المودع لديه فى حـــبس الوديعـــة حتى يستوفى ما أنفقه من مصروفات ضرورية. ونعلم بأن المـــودع لديـــه يلتزم بالرد والمودع يلتزم بالوفاء وبالمصروفات التى أنفقها المـــودع لديـــه فـــى حفظ الوديعة أو صيانتها وهو التزام ليس مصدره عقد الوديعة بل الفعل النافع، أو الإثراء بلا سبب ويكون بالتالى للمودع لديه مقابل هذا الالتزام الحق فى حبس الوديعة .

د – وقـــد تنشـــأ العلاقة التبادلية من عمل مادى، وليس من تصرف قانونى فيكون للفضولى مثلاً استعمال الحق فى الحبس مقابل التزام رب العمل بدفع الـــنفقات أو المصـــروفات. وليســـت العلاقة بينهما عقدية فالتزام الفضولى مصدره نص القانون، والتزام رب العمل مصدره الإثراء بلا سبب .

وإجمـــالاً ينشأ بإيجاز فينشأ الارتباط القانونى من علاقة تبادلية بين حق الحابس، والشىء المحبوس. وهى علاقة قد يكون مصدرها علاقة تبادلية، أو علاقة ملزمة لجانب واحد. أو كنتيجة للفسخ، أو البطلان. أو من عمل مادى وليس من تصرف قانونى .

ونلفـــت الـــنظر بأن ما يميز العلاقة التبادلية بصورها المختلفة، وجود حـــيازة للشىء أو إحراز من رابطة قانونية تربط الحائز أو المحرز بالمدين مالك الشىء .

ثانياً – الارتباط المادى :

١٢٨ – الارتــباط المادى la connexité materielle يوجد فى كل حالة ينشأ فيها حق الحابس بمناسبة الشيء الذى يحوزه أو يحرزه بدون أية رابطة قانونــية. وبعــبارة أخرى عندما يكون الدين مرتبط بالشيء. ويضرب الفقه مثلاً على ذلك بحق واضع اليد أن يحبس الشيء الذى يحوزه، إلى أن يسترد مــن مالكه ما أنفقه عليه من مصروفات ضرورية أو نافعة. فالحبس فى هذه الحالة – لم ينشأ من علاقة قانونية، بل عن ارتباط مادى .

كــذا، ينشأ للمنتفع الحق فى حبس العين محل الانتفاع لأجل استرداد ما أنفق عليها من مصروفات يجيز القانون للمنتفع استردادها. كما ينشأ الارتباط المادى فى حالة أخرى – فى صورة التعويض المستحق عن ضرر نجم من الشيء. كحق الجار فى حبس الحيوان الذى أضر بمزروعاته .

ونلفــت الــنظر بوجود حالات يمكن أن يجتمع فيها الارتباط القانونى والارتــباط المادى عندما تتوافر عناصر الاثنين معاً. أى عندما توجه رابطة تبادلــية بين حق الحابس والتزامه بالرد، وهذه هى الرابطة القانونية، وينشأ فيها حق الحابس بسبب حيازته للشيء من مصروفات أنفقت عليه .

أهمية التمييز بين نوعى الارتباط :

١٢٩ – أثــران للــتفرقة بين الارتباط القانونى، الذى ينشأ من علاقة تبادلية وبين الارتباط المادى الذى مردة الشيء ذاته، أو مناسبته .

الأولــى، أن الارتــباط المــادى، إذا اتخذ صورة استرداد المصروفات الضــرورية أو الــنافعة يمكن أن يحتج به على الكافة، أى على كل شخص يكون له حق على الشيء حتى لو نشأ هذا الحق قبل إنفاق المصروفات .

أما الارتباط المادى فى صورة التعويض المستحق عن ضرر نشأ من الشىء فإن الاحتجاج بالحق فى الحبس فى مواجهة الكافة لازالت مسألة خلافية فى الفقه والقضاء وتتشابه فى ذلك والارتباط القانونى تماماً .

والنتيجة الثانية، أن الارتباط المادى يخول للحابس الحق فى استرداد المصروفات المستحقة، أو التعويض عن الضرر الذى نشأ عن الشىء. أما فى الارتباط القانونى يمنح الحابس الحق فى اقتضاء جميع الالتزامات التى على المدين التزام بأدائها ما دام بينهما رابطة تبادلية. ففى عقد المقاولة يكون للمقاول حبس الشىء مقابل الأجرة. وكذلك حبس غيره من الأشياء الأخرى التى سلمت إليه من رب العمل. فيكون دين الأجرة مضموناً بجميع الأشياء .

وتفريعاً على ذلك إذا اجتمع نوعى الارتباط، كما فى الوديعة، كان للمودع لديه الاستناد فى الحبس للارتباط المادى بنطاقه الضيق الذى يخوله حبس الشىء المودع مقابل ما أنفقه عليه من مصروفات، وكذا الاستناد إلى الارتباط القانونى بنطاقه الواسع لحبس كل ما فى يده من أشياء للمودع، حتى ولو لم يكن قد أنفق عليها أية نفقات .

وننبه بأن إن لم يوجد ارتباط قانونى، ولا مادى، فلا يثبت الحق فى الحبس بمعنى أن وجود التزامين متقابلين بين شخصين، كل منهما دائن ومدين للآخر لا يسوغ استعمال الحق فى الحبس إذا كانا من عقدين مختلفين، وليس بينهما ارتباط مادى. فقد يكون ذلك محلاً للمقاصة على ما سنرى حالاً وليس للحق فى الحبس. والأولى سبب لانقضاء دينين متقابلين بمقدار الأقل منهما عندما يصبح المدين دائناً لدائنه. وإن اقتربت مع ذلك من وسائل الضمان. بينما الحق فى الحبس طريق من طرق المحافظة على الضمان العام، وإن اقترب كذلك من أسباب الانقضاء. ويظل الفرق بين المقاصة

والحــق فــى الحــبس مردة أن المقاصة لا تفترض ارتباطا بين الالتزامات المتقابلة، ويفترضه الحق الحبس. وبذا يمكن إجراء المقاصة بين دين مصدره البــيع، وديــن مصــدره عقد القرض مثلاً، ولا يمكن ذلك أبداً فى الحق فى الحبس .

الفرع الثانى - آثار الحق فى الحبس

تمهيد وتقسيم :

١٣٠ – آثــار الحــق فى الحبس هى إجابة عن التساؤل، عن ماهية الحقوق والواجبات التى يرتبها الحق فى الحبس على الحابس ؟

ونسارع للتنويه بأن حقوق الحابس الامتناع عن تسليم الشىء المحبوس والاحــتجاج بالحق فى الحبس، فيما تتمثل واجباته فى المحافظة على العين المحبوسة، وردها، وتقديم حساب عن غلتها .

ونفصل ما أجملناه تباعاً كالآتى :

أولاً – حقوق الحابس :

١٣١ – حــبس العين عن مالكها هو الأثر الجوهرى للحق فى الحبس يجعلنا نقــربه مــن مسائل انقضاء الالتزام ويمنعنا من ذلك. إن امتناع الحابس عن تســليم الشىء المحبوس امتناع مؤقت عن نقل الالتزام إلى أن يقتضى حقه. وينضوى على دفع يدفع به الحابس مطالبة المدين له بتسليم العين المحبوسة. وبذا لا يكون الحق فى الحبس سبباً لانقضاء الالتزام، كالمقاصة مثلاً .

فــإذا سلمنا بأن الحق فى الحبس، امتناع مؤقت عن تنفيذ الالتزام يرتبط فيه حق الحابس فى حبس العين والتزام المدين بأداء عليه وجوداً وعدماً فإن التساؤل يثور هل يكون للحابس تسليم جزء من الشىء المحبوس مقابل وفاء جزئى من المدين ؟

المسألة خلافية، فالبعض على أن الحق فى الحبس لا يقبل التجزئة indivisibil . بمعنى أن الحابس لا يلتزم بتسليم جزء من الشيء أو من الأعمال مقابل الوفاء الجزئى. والرأى عندنا بعكس ذلك أن الحابس يلتزم بتسليم جزء من الشيء المحبوس مقابل الوفاء الجزئى [1] لمبررات عدة بحملها فيما يلى : أن جوهر الحق فى الحبس الارتباط بين حق الحابس والتزام المدين، والأول يدور منطقياً مع الثانى، وجوداً وعدماً، ونقصاناً. وبذا يتعين التسليم بأن الوفاء الجزئى لالتزام المدين يستتبع بالضرورة رد جزء من العين المحبوسة شريطة أن تكون قابلة للتجزئة. والقول بغير ذلك يهدر فكرة الارتباط القانونى والمادى التى يقوم عليها حق الحبس .

ثم إن القول بأن الحق فى الحبس لا يقبل التجزئة بما يجبر الحابس على حبس الشيء كله حتى يستوفى حقه كله ينزع عن الوفاء الجزئى أثره المهم، وهو تشجيع المدين على الوفاء بالتزاماته وهو هدف يسمو فوق الاعتبارات الأخرى، ففيه مصلحة للدائن فى استيفاء حقوقه تباعاً .

وأخيراً فإن حبس الدائن الشيء كله مقابل استرداد الحق كله، تعسف من الدائن فى استعمال حقه، يخول للمحكمة، إجبار الدائن على تسليم جزء من العين المحبوسة إذا استوفى بعض ديونه والقول بغير ذلك يعنى أن المصلحة التى تعود على الدائن الحابس قليلة الأهمية بحيث لا تتناسب البتة مع ما يصيب المدين الذى وفىّ بجزء من المديونية [2] من ضرر يتمثل فى هدد كل قيمة لوفائه بجزء من التزاماته .

---

[1] بعكس ذلك عبدالمنعم البدراوى / ص ٢١٥ / بند ١٧٤ - و فتحى عبدالرحيم / ص ١٦٠ / بند ١١٧ .

[2] وهى مسألة لم يذكرها أنصار الرأى الأول .

ويظل للدائن الامتناع عن تسليم العين المحبوسة إلى أن يقدم المدين تأميناً كافياً كرهن أو كفالة. ولقاضي الموضوع سلطة تقديرية في كفاية التأمين أو عدم كفايته .

وإذا كان للدائن حبس العين على النحو الذى بسطناه – فليس له حرمان صاحبها من ثمراتها إذا كانت تنتج ثماراً أو غلة. فحق الحبس وإن اقترب عملاً من حقوق الامتياز إلا أنه ليس امتيازاً. فلا يكون للدائن الحابس أية حقوق فى الثمار بل تظل جزءاً من الضمان العام للدائنين .

ويكون للحابس مع ذلك بيع الثمار التى تنتجها العين المحبوسة بعد إذن القضاء إذا كانت معرضة للهلاك أو للتلف، وينتقل حقه فى الحبس على ثمن البيع، فيحل الثمن محل العين المحبوسة. لكن الثمن يوزع فى قسمة غرماء على سائر الدائنين. أى لا يكون للدائن الحابس أفضلية أو أولوية droit de preference .

فيمن يمكن الاحتجاج عليهم بالحق فى الحبس : ؟

١٣٢ – يجوز للدائن الحابس أن يحتج بالحق فى الحبس بداية فى مواجهة المدين، وبذا، يكتسب الحق فى الحبس أهميته من حيث أنه وسيلة فعالة لحمل المدين على الوفاء .

كذا يمكن للدائن الحابس أن يحتج بالحق فى الحبس على الدائنين العاديين للمدين سواء نشأ دين هؤلاء سابقاً على ثبوت الحق فى الحبس أو لاحقاً له .

وإذا أفلس المدين، أمكن للدائن الحابس الاحتجاج بالحق فى الحبس فى مواجهة جميع دائنى التفليسة .

ويبقى التساؤل بعد ذلك فيما إذا كان للدائن الاحتجاج بالحق فى الحبس قبل الخلف الخاص ؟

وقــبل الإجابــة نسارع للتنويه بمسألتين الأولى أن الخلف الخاص كل شـــخص انتقلــت إليه ملكية العين المحبوسة، أو تلقى عليها حقاً عينياً تبعياً "رهن" أو متفرعاً عن الملكية "كحق انتفاع" .

والثانــية وهــى مرد التساؤل أن الحق فى الحبس لا يعطل حق المدين المــالك فــى نقل ملكية العين المحبوسة أو تقرير أى حق عينى آخر عليها، حتى وهى فى يد الدائن الحابس .

فــإذا انتهينا من ذلك تعين التفرقة فيما إذا كان أساس الحق فى الحبس إنفــاق مصروفات على العين المحبوسة. وفيها يحتج الدائن الحابس بحقه فى مواجهــة الخلــف الخاص يستوى فى ذلك أن تكون العين عقاراً أو منقولاً، وسواء شهر الخلف الخاص حقه سابقاً على نشوء الحق فى الحبس أو بعده .

وإذا كــان أساس حق الحابس استحقاق تعويض عن الضرر من الشىء المحبوس أو كان ارتباطاً قانونياً فإننا نرى أيضاً إمكانية الاحتجاج بالحق فى الحــبس قبل الخلف الخاص سواء كسب حقه سابقاً لشوء الحق فى الحبس أو لاحقاً له. على سند بأن الحق فى الحبس يحتج به عملاً على الخلف الخاص الذى نشأ حقه بعد ثبوت الحق فى الحبس لأن مالك العين المحبوسة لن يكون بمقدورة التصرف فيها خالصة، بل بما يثقلها من حقوق بما فيها حق الحبس فيظل لذلك نافذاً قبل مشترى العين، والدائن المرتهن لها [١] .

---

[١] والدائن الحابس، وإن لم يكن دائنا صاحب امتياز إلا أنه من الناحية العملية فى مركز يعادل مركز الدائن الممتاز. وثمة مراكز قانونية ممتازة، وإن لم ينص القانون على أنها=

وإذا نشـــأ الحق فى الحبس لاحقاً لاكتساب الخلف الخاص ملكية العين المحبوســـة أو الحـــق العيـــنى عليها. أى بعد تسجيل سند الملكية أو بعد قيد الرهن. فإن الحق في الحبس يحتج به على هؤلاء لأن مصدره نص القانون، وبعـــبارة أخـــرى هو تأمين قانونى ينطبق إذا تحققت شرائطه ولو نشأ حق الخلف الخاص قبل نشوء الحق فى الحبس .

ثانياً - التزامات الدائن الحابس :

١٣٣ - التزامات ثلاثة على الدائن الحابس : المحافظة على العين المحبوسة، وردها عند انقضاء الحبس وتقديم حساب عن غلتها .

أ - المحافظة على العين المحبوسة :

١٣٤ - وجود الشيء المحبوس فى يد الدائن الحابس يلقى على عاتقه بالتزام بالمحافظـــة عليه. وأحال المشرع فى ذلك إلى ذات الأحكام التى تنطبق على الدائن المرتهن رهن حيازة بالمحافظة على الشيء المرهون .

وبـهذا يكـــون علـــى الدائن الحابس أن يبذل عناية الشخص المعتاد فى المحافظـــة على الشيء المحبوس. ويكون مسئولاً عن هلاكها أو تلفها ما لم يثبـــت أن الهـــلاك أو التلف كان لسبب أجنبى لا يد للحابس فيه ويكون تبعاً لذلك للحابس إذا خشى من هلاك الشيء أو تلفه القيام ببيعه (١) .

=من حقوق الامتياز أهمها المقاصة . على ما سنرى آجلا / ص / بند والحق فى الحبس على ما سنرى حالا .

(١) وتفصـــيلاً مؤلفنا / الوجيز فى التأمينات الشخصية والتأمينات العينية فى القانون المدنى الكويتى / ١٩٩٩ / ص .

رد العين المحبوسة :

١٣٥ - حبس العين المحبوسة، امتناع مؤقت عن تنفيذ الالتزام بتسليمها فإن زال المانع الذى يحول دون التسليم، فيلزم الحابس بردها فإن حبس البائع المبيع لاستيفاء ثمنه. فإن الوفاء بالثمن يقتضى منه تسليم المبيع. ويكون للمشترى رفع دعوى عينة على البائع باستحقاق العين المبيعة .

وإذا حاز شخص أرضاً استصلحها وقام بزراعتها، فله أن يحبسها عن مالكها حتى يستوفى التعويض. فإن استوفاه التزم برد الأرض إلى صاحبها. وقد قدمنا أن هلاك العين المحبوسة فى يد حائزها يلزمه بالتعويض ما لم يكن الهلاك أو التلف مردة سبب أجنبى لا يد له فيه .

انقضاء الحق فى الحبس :

١٣٦ - ينقضى الحق فى الحبس بطريقتين : بانقضاء الحق المضمون به، وهو طريق تبعى كما ينقضى دون الحق المضمون به فى حالات أربع وهو طريق أصلى .

أ - انقضاء الحق فى الحبس بطريق أصلى :

١٣٧ - ينقضى الحق فى الحبس استقلالاً، أى ولو لم ينقضى الحق المضمون به فى الحالات الآتية - أن يقوم المالك بتقديم تأمين كاف على ما ورد بالمادة ٢٤٦/ ١ مدنى .

أن تهلك العين المحبوسة، إما بخطأ الحابس فيسأل بالتعويض أو بسبب أجنبى فيهلك على مالكها .

أو أن يخل الحابس بالتزامه بالمحافظة على العين المحبوسة، وعندها يجوز للمالك طلب إسقاط الحق فى الحبس إعمالاً للقواعد العامة .

وأخيرا. يسقط الحق في الحبس إذا تخلى الحابس عن حيازة العين المحبوسة بمحض إرادته حتى ولو لم يستوفي حقه من المالك. بما في ذلك مثلاً أن يسلم الحابس العين المحبوسة للمدين، أو أن يقوم بالتنفيذ عليها متخذاً إجراءات البيع الجبري، حيث يجب تسليمها إلى الراسي عليه المزاد .

والمهم أن الحق في الحبس ينقضي بخروج الشيء من يد حائزه أو محرزه. ومع ذلك يجوز لحابس الشيء إذا خرج الشيء من يده خفية أو بالرغم من معارضته أن يطلب استرداده إذا هو قام بهذا الطلب خلال ثلاثين يوماً من الوقت الذى علم فيه بخروج الشيء من يده، وقبل انقضاء سنة من وقت خروجه .

وبذا يفرق المشرع بين نوعين من تخلى الدائن الحابس عن الشيء المحبوس – التخلى الاختيارى. وغير الاختيارى أى الذى يتم خفية أو برغم معارضته. والأول لا يجوز فيه للدائن الحابس بعده استرداد الشيء المحبوس. أما الثانى، فلا ينقضى به الحق فى الحبس، ويجوز للدائن استرداد الشيء حتى ولو حازه حائز حسن النية، فخروج الشيء من يد الحابس خفية أو برغم معارضته ينطوى على سرقة أو غصب للضمان لا ينتج أثره .

ويقع على الدائن الحابس إذا أراد استرداد الحيازة رفع دعوى الاسترداد خلال ثلاثين يوماً من علمه بخروج الشيء من يده. أو خلال سنه على الأكثر من تاريخ خروجه .

المطلب الخامس - الإعسار المدنى

تمهيد وتقسيم :

١٣٨ - قدمنا بأن وسائل حماية الضمان العام على نوعين : فردية، تتمثل في الدعاوى الثلاث والحق في الحبس. وجماعية هي الإعسار المدنى والأولى لا تكفل إخطار سائر الدائنين بإعسار المدين .

بينما الإعسار المدنى، يكفل علم سائر الدائنين بحالة المدين غير التاجر، بما يوفر حماية إضافية للدائنين .

وقد ورد النص على الإعسار المدنى بالمواد ٢٤٩ إلى ٢٦٤ من القانون المدنى، ولم يكن منصوصاً عليه فى القانون المدنى القديم. وقد حددت المادتين ٢٤٩ و ٢٥٠ شروط شهر الإعسار. وفي المادتين ٢٥٧ و ٢٥٨ بيان لآثار ثبوت حالة الإعسار. وقبلها فى المادة ٢٥٦، تحديد لآثار الإعسار بالنسبة للدائنين. وبين المشرع فى المواد ٢٦١ وما بعدها - إنهاء حالة الإعسار والأثر المترتب عليها .

ونعرض بداية لشروط شهر الإعسار ثم لآثاره، وانقضائه .

الفرع الأول - شروط شهر الإعسار

شرطان لاعتبار المدين معسراً : الأول زيادة ديونه المستحقة الأداء على حقوقه. والثانى صدور حكم بشهر الإعسار .

الشرط الأول - زيادة ديون المدين المستحقة على حقوقه :

١٣٩ - على هذا الشرط ورد نص المادة ٢٤٩ مدنى بأنه يجوز أن يشهر إعسار المدين إذا كانت أمواله لا تكفى لوفاء ديونه المستحقة الأداء. أى أن المشرع لم يعول فى اعتبار المدين معسراً إلا بديونه المستحقة الأداء وبذا لا يعتد بالديون الآجلة، ولا بالديون المعلقة على شرط واقف .

الشرط الثانى – صدور حكم بشهر الإعسار :

١٤٠ – يكون شهر الإعسار بحكم تصدره المحكمة الابتدائية التى يتبعها موطن المدين بناء على طلب المدين نفسه، أو طلب أحد دائنيه، وتنظر الدعوى على وجه السرعة – المادة ٢٥٠ مدنى .

ومتى ثبت أن حقوق المدين أقل من ديونه المستحقة الأداء، جاز للمحكمة أن تقضى بشهر إعسار المدين. وعلى المحكمة قبل شهر إعسار المدين مراعاة جميع الظروف التى أحاطت بالمدين سواء كانت عامة أو خاصة ثم يجب عليها كذلك أن تدخل فى اعتبارها مقدرة المدين الشخصية ومدى مسئوليته عن الأسباب التى أدت إلى إعساره، ومدى مشروعية مصالح الدائنين. وبالجملة يقدر القاضى كل ظرف آخر من شأنه أن يؤثر فى حالة المدين الشخصية – المادة ٢٥١ مدنى .

والأحكام الصادرة فى دعاوى شهر الإعسار، سواء كانت بقبول الطلب أو برفضه، تقبل الطعن بطريق المعارضة، والاستئناف. ومدة المعارضة ثمانية أيام، ومدة الاستئناف خمسة عشرة يوماً، وتبدأ المدة – فى الحالتين من تاريخ إعلان المدين بالحكم .

ونلفت النظر – بهذا الصدد إلى مسألتين : الأولى أن طلب شهر الإعسار يمكن أن يكون من المدين أو من الدائن فلا تطلبه النيابة العامة – وأن طلب شهر الإعسار – المدنى – بعكس الإفلاس التجارى لا تقضى به المحكمة من تلقاء نفسها .

• وتتحقق مصلحة الدائن فى دعوى الإعسار إن كان يخشى أن يسارع المدين المعسر لتبديد أمواله أو التصرف فيها على نحو يضر بالضمان العام،

فيكون له بدعوى شهر الإعسار إلغاء جميع تصرفات المدين الضارة بالضمان العام للدائنين .

والثانية أنه لا يشترط لرفع دعوى شهر الإعسار أن يكون حق الدائن مستحق الأداء وبذا يكون للدائن بدين مؤجل طلب شهر الإعسار، ويترتب على الحكم – سقوط الأجل فيصبح مستحق الأداء واجب التنفيذ عليه .

أما مصلحة المدين فى طلب شهر الإعسار فتتحقق إن كان يرى فى ظروفه ما يؤهله إلى شهر إعساره ليحصل على آجال لسداد ديونه. أو ليتمكن من الحصول على نفقة مؤقتة إلى أن تصفى أمواله – المادة ٢٥٩ مدنى .

الفرع الثانى - آثار شهر الإعسار

تترتب على الإعسار آثار عدة بالنسبة للدائن، والمدين .

أولاً – آثار الإعسار بالنسبة للدائن :

١٤١ – متى سجلت صحيفة دعوى الإعسار، فلا يسرى فى حق الدائنين أى تصرف للمدين يكون من شأنه أن ينقص من حقوقه أو يزيد فى التزاماته كما لا يسرى فى حقهم أى وفاء يقوم به المدين – المادة ٢٥٧ .

يتعين إذن التفرقة فى تصرفات المدين الضارة بالضمان العام للدائنين بين مسألتين : الأولى هى التصرفات التى يجريها المدين سابقة لتسجيل صحيفة دعوى الإعسار، وتكون نافذة فى مواجهة الدائنين، بما فى ذلك وفاء المدين بديونه إلى أحد الدائنين .

والثانية، التصرفات التى يجريها المدين، بما فى ذلك وفائه لأحد الدائنين لاحقا على تسجيل صحيفة دعوى الإعسار، ولا تكون نافذة فى مواجهة

الدائنيــن. وقــد يحــتج على ذلك بأن الحكم يقترب والأثر الذى تنتهى إليه الدعوى البوليصية .

ومردود على ذلك بأن الدائن إذا أراد الطعن بعدم نفاذ تصرفات المدين الضــارة بالضـــمان العــام، عليه أن يقيم الدليل على الغش والتواطؤ وعلم المتصـــرف إلــيه بالغش إن كان التصرف معاوضة. ولا شىء من ذلك فى الإعسار المدنى بما يعتبر تيسيراً على الدائنين وحماية للضمان العام .

وجديــر بالملاحظة أن تصرف المدين لا يعتبر قد أنقص من حقوقه أو زاد فى التزاماته إذا كان بثمن المثل، وقام المتصرف إليه بإيداع الثمن خزانة المحكمة حتى يوزع وفقاً لإجراءات التوزيع .

فإذا كان التصرف بأقل من ثمن المثل، وأبرم بعد تسجيل صحيفة دعوى الإعســـار فــإن هذا التصرف لا يسرى قبل الدائنين. ويكون للمشترى – مع ذلك – تعطيل هذا الأثر، بأن يودع فرق الثمن الذى اشترى به ما نقص من ثمن المثل. وبذا يكون التصرف نافذاً فى مواجهة الدائنين .

أمــا الأثـــر الـــثانى الذى يترتب على قيام الدائن بتسجيل صحيفة شهر الإعســـار فهــو عدم الاحتجاج فى مواجهته بأى حق للاختصاص يقع على عقــارات المديــن بعــد هذا التسجيل. فإذا انتهت حالة الإعسار يكون حق الاختصـــاص ســـارياً فى مواجهة أى دائن آخر تنشأ حقوقه بعد انتهاء حالة الإعسار .

ثانياً – آثار شهر الإعسار بالنسبة للمدين :

١٤٢ – إذا كان شهر الإعسار يرتب فى مواجهة الدائنين عدم نفاذ تصرفات المديــن الضارة إذا كانت تالية لتسجيل صحيفة دعوى شهر الإعسار وعدم

نفــاذ حــق الاختصــاص على عقارات المدين بعد هذا التسجيل. فإن آثار الإعسار بالنسبة للمدين ثلاثة :

الأولـــى. سقوط الآجال بالنسبة للديون المؤجلة. وعليه ورد نص المادة ٢٥٥/ ١ بأنــه يترتــب علــى الحكم بشهر الإعسار أن يحل كل ما فى ذمة المديــن من ديون مؤجلة، ويخصم من هذه الديون مقدار الفائدة الاتفاقية أو القانونــية عن المدة التى سقطت بسقوط الأجل على أن سقوط الأجل بسبب الإعســار ليس أمراً حتمياً، إذ يجوز للقاضى أن يحكم بناء على طلب المدين بإبقاء الأجل، أو مدة بالنسبة للديون المؤجلة، كما يجوز أن يمنح المدين أجلا بالنســبة للديون المستحقة الأداء إذا رأى أن هذا الإجراء تبرره الظروف أو أنه وسيلة تضمن مصالح المدين والدائن على السواء .

والثانية أن شهر الإعسار لا يحول دون أن يتخذ الدائنون إجراءات فردية ضد المدين .

وبــذا يخــتلف الإعســار المدنى عن الإفلاس التجارى. الذى لا يجيز للدائنين بعد شهره اتخاذ إجراءات فردية قبل التاجر المفلس. وهو فرق مردة أن الإعســار المدنــى لــيس تصفية جماعية لأموال المدين الذى حكم بشهر إعساره بينما الإفلاس تصفية جماعية لأموال المفلس .

والثالــثة أن الحكــم بشهر الإعسار لا يغل يد المدين عن التصرف فى أموالــه أى ولــو تمت لاحقه لتسجيل صحيفة الدعوى إذا كانت بثمن المثل، وأودعهــا المشترى – فيما قدمنا – خزانة المحكمة أو أودع الفرق في الثمن إن كانت بأقل من ثمن المثل .

الفرع الثالث - انتهاء حالة الإعسار

١٤٣ - تنتهى حالة الإعسار إما بحكم قضائى، أو بقوة القانون .

وعـن الحالة الأولى نصت المادة ٢٦١ مدنى على إنهاء حالة الإعسار بحكم تصدره المحكمة الابتدائية التى يتبعها موطن المدين فى حالتين الأولى مـتى ثبـت أن ديون المدين أصبحت لا تزيد على أمواله، أما بسبب زيادة حقوقه، بطريق الميراث، أو الهبة، أو الوصية، وإما بسبب نقص ديونه، إما بالإبراء .

١٤٤ - والحالة الثانية - إذا قام المدين بوفاء ديونه التى حلت من نفسها أى دون أن يكون الحكم بالإشهار أثراً فى حلولها .

كمـا تنـتهى حالة الإعسار بقوة القانون de plein droit إذا انقضت خمس سنوات على تاريخ التأشير بالحكم الصادر بشهر الإعسار .

والمهـم أنه بإنهاء حالة الإعسار بحكم قضائى، أو بقوة القانون فيترتب علـيه عكـس نتائج شهر الإعسار ذاتها. فيكون للمدين التصرف فى أمواله مراعياً القيود التى ذكرناها بالمادة ٢٥٨ مدنى .

ويكـون له بعـد انتهاء حالة الإعسار طلب إعادة الديون التى كانت قد حلت بسبب شهر الإعسار ولم يدفعها إلى أجلها السابق .

بيـنما يظل للدائنين - مع ذلك - الطعن فى تصرفات المدين - بالدعوى البوليصية إذا توافرت شرائطها [١] .

---

[١] سابقاً / ص ٧٥ / بند ٩٠ .

الفصل الثانى – أوصاف الالتزام

تمهيد وتقسيم :

١٤٥ - المقصود بأوصاف الالتزام كل ما يضاف إليه ليعدل أثره. ومنها ما يتصل بوجود الالتزام عندما يكون معلقاً على شرط أو مضافاً لأجل. ومنها ما يتصل بموضوع الالتزام أو محله. فيكون الالتزام تخييرياً. أو بدلياً وقد يلحق الوصف أشخاص الالتزام، فيكون مشتركاً، أو تضامنياً وغير قابل للانقسام .

وقد تناول المشرع أوصاف الالتزام بالمواد ٢٦٥ إلى ٣٠٢ – ونعرض لها فى مباحث ثلاثة الأول – فى الشرط والأجل، والثانى – فى تعدد محل الالتزام، والثالث – فى تعدد طرفى الالتزام .

المبحث الأول ـ الشرط والأجل

تحديد :

١٤٦ - يتشابه الشرط والأجل بأنهما يلحقان الالتزام ليعدلا من آثاره لكنهما يختلفان بعد ذلك من حيث طبيعة التأثير، فالالتزام المقترن بأجل، التزام معلوم حتماً فالأجل أمر محقق الوقوع، وعلى عكس ذلك فالالتزام المعلق على شرط، التزام غير معلوم، فالشرط أمر غير محقق الوقوع .

وإذا كان الأجل محقق الوقوع، والشرط غير محقق الوقوع. فالمعنى أن الأجل يؤخر نفاذ الالتزام ولا يتعلق بوجوده، والشرط بعكس ذلك ينصب على وجود الالتزام ذاته. بافتراض أن الشرط والأجل واقفان. أما إذا كانا فاسخين يترتب على وقوعهما انقضاء الالتزام .

ومن أمثلة الالتزام المعلق على شرط واقف، أمنحك مكافأة إذا نجحت في الامتحان ومن أمثلة الالتزام المؤجل : أوء جرك المنزل بمبلغ كذا لمدة خمس سنوات ابتداء من العام القادم. ومثال الالتزام المقترن بشرط فاسخ، أهبك سيارتي على أن تنفسخ الهبة إذا وجدت عملاً. والالتزام المقترن بأجل فاسخ، أوء جرك منزلي حتى آخر العام .

وثمة فرق آخر بين الشرط والأجل يتمثل في أن الشرط إذا تحقق كان له أثر رجعي على عكس الأجل .

ونعرض في مطلب الأول للشرط، ونخصص الثاني للأجل .

المطلب الأول - الشرط

١٤٧ - تـناول المشرع أحكام الالتزام المعلق على شرط بالمواد ٢٦٥ إلى ٢٧٠ من القانون المدنى، عرض فى الأولى، لتعريف الشرط، ثم بين بالمواد التالية لمقومات الشرط. وأثره، سواء فى خلال الفترة المعلق عليها الالتزام، أو فـيما بعـد انتهاء هذه الفترة. وحدد فى الأخيرة الأثر الرجعى للشرط إذا تحقق .

وترتيـباً على ذلك نتناول تباعاً، معنى الشرط ومقوماته ثم أثر الشرط وقاعدة الأثر الرجعى للشرط .

الفرع الأول - ماهية الشرط، مقوماته

المحور الأول – ماهية الشرط :

١٤٨ - يكـون الالتزام معلقاً على شرط على ما ورد بالمادة ٢٦٥ إذا كان وجوده أو زواله مترتباً على أمر مستقبل غير محقق الوقوع .

فالشـرط la condition إذن وصف عارض تضيفه الإرادة إلى التزام استكمل كل العناصر التى يشترطها القانون فالأصل أن الالتزام ينعقد منجزاً دون شروط لذا قلنا بأن الشرط أمن عارض. فأن قال (أ) لـ (ب) أهبك كذا إذا نجحت فى الامتحان. يكون قد علق الهبة على النجاح، لكن الهبة تنعقد فى الأصل منجزة .

والشرط بالمعنى الذى بسطناه – يختلف عن الشرط الذى يتطلبه القانون لانعقـاد العقـود، أو لترتيـب آثـار معينة بما فى ذلك الرسمية فى الهبة، والرسمية فى الرهن وفى الحالتين الرسمية، ركن لانعقاد العقد، بينما الشرط، فـيما أسلفنا أمر عارض. ناهيك بأن الشرط كوصف يلحق الالتزام مصدره

الإرادة، بينما الشرط الذى يستلزمه القانون لانعقاد بعض العقود مصدره نص القانون ولذا يكون للشرط كوصف في الالتزام أثراً رجعياً يرتد إلى وقت انعقاد العقد. فيما الشرط، الذى يستلزمه القانون لا يكون له أثر رجعى، أى أن أثرها لا يوجد إلا من تاريخ تحققها. وبذا، فإن التسجيل مثلاً شرط لازم لانتقال الملكية فى العقارات. والمعنى أن تمام التسجيل ينقل الملكية من تاريخه وليس من تاريخ إبرام عقد البيع العقارى. والقيد شرط لازم لنفاذ الرهن فى مواجهة الغير وبتمام القيد، ينفذ الرهن قبل الغير وليس من تاريخ سابق على ذلك .

ويبدو لأول وهلة أن الشرط وهو أمر فيما قدمنا غير محقق الوقوع يعلق عليه الالتزام قد يقترب من مجرد الأمل أو الاحتمال. وثمة فرق فى الحقيقة بينهما فالشرط يلحق بحق استكمل جميع عناصره، أى بعد تكوينه. أما مجرد الأمل أو الاحتمال، فهو حق ينقص عنصر من العناصر الجوهرية. وبعبارة أخرى هو حق لم يستكمل بعد جميع عناصره الجوهرية. بما فى ذلك مثلاً حق الموصى له قبل وفاة الموصى مصراً على وصيته، فالوصية محض أمل أو احتمال وليست حقاً معلقاً على شرط .

وتفريعاً على ذلك يمكن أن يوجد الالتزام بدون الشرط، ولا يمكن أن يوجد الحق المأمول أو الاحتمالى بدون عناصر استكماله .

ويبقى أن نفرق بين الشرط condition كوصف عارض للالتزام وبين الشروط أو البنود clauses التى يتفق عليها أطراف العقد لتنظيم الرابطة العقدية بما فى ذلك مثلاً البند المتعلق بطريقة الوفاء بالثمن، أو الشرط الجزائى، فهذه الاشتراطات هى بنود فى الاتفاق، وليست أوصافاً عارضة تلحق بالالتزام .

المحور الثانى – مقومات الشرط :

١٤٩ – المقصـــود بمقومات الشرط الإجابة عن التساؤلين : ما هى شروط الواقعـــة التى يصح تعليق الالتزام عليها ؟ ومتى يعتبر الشرط محققاً، ومتى يعتبر غير محقق ؟

وفى الإجابة عن السؤال الأول بين المشرع شروط الواقعة المعلق عليها الالـــتزام بأنها أمر مستقبل، وغير محقق الوقوع، وغير مخالفة للنظام العام والآداب. وعن التساؤل الثانى. يتعين أخذاً من القواعد العامة التفرقة بين ما إذا كـــان الشـــرط عمـــلاً يقوم به شخص ثالث أو الدائن، وبين أو أن يكون الشرط حادث ما فى وقت معين .

أولاً – شروط الواقعة المعلق عليها الشرط :

١ – الشرط أمر مستقبل :

١٥٠ – أى أنـــه يجـــب أن تكون الواقعة المعلق عليها الشرط لاحقة لانعقاد العقد أما إذا كانت الواقعة المعلق عليها الشرط قد تحققت فعلاً، كان الالتزام منجزاً لا معلقاً ولا يغير من ذلك أن يجهل الأطراف وقوعها وقت إبرام العقد فـــإذا وعـــد (أ) ابنه بمكافأة إذا نجح فى الامتحان، وكان قد نجح فعلاً كانت الهبة منجزة غير معلقة على شرط .

٢ – الشرط أمر غير محقق الوقوع :

١٥١ – قدمنا بأن أحد أهم عناصر التفرقة بين الشرط، والأجل أن الأول أمر مستقبل غير محقق الوقوع بينما الثانى أمر مستقبل محقق الوقوع .

أ – وترتيباً على ذلك لا يكون الشرط غير محقق الوقوع، إذا علق على أمر مستحيل الوقوع ذلك أن الاستحالة تتنافى مع الاحتمال .

والشــرط يجــب أن يكون محتملا وليس من المهم أن تكون الاستحالة ماديــة ترجع لطبيعة الأشياء، كتعليق المكافأة على اكتشاف دواء يديم الحياة. أو تكون استحالة قانونية، كأن يعلق الالتزام على طعن بالاستئناف عن حكم مضى وقت استئنافه .

والاستحالة التى تعدم الالتزام المعلق على شرط هى الاستحالة المطلقة التى تقوم بالنسبة لجميع الناس أما الاستحالة النسبية فهى لا تنفى التعليق فى الحقيقة والمهم أنه بتعليق الالتزام على شرط مستحيل فإن الشرط باطل، وقد يبطل بالتالى التصرف المعلق عليه .

ب - كــذا لا يكون الالتزام معلقاً على شرط، إذا كانت الواقعة المعلق عليها الالتزام أمراً محقق الوقوع حتى ولو كان تاريخ وقوعه غير محدد سلفاً .

ج - ويجــب كذلــك أن يكون تحقق الشرط غير متوقف على محض إرادة المدين .

والمقصــود بالشــرط الإرادى، الــذى يكون تحققه مرهوناً بإرادة أحد الطرفين وينقسم إلى شرط إرادى بسيط، وشرط إرادى محض .

فالشرط الإرادى البسيط simplement potestative ، فهو وإن تعلق بــإرادة أحد الطرفين لكنه يتوقف كذلك على الظروف أو الملابسات التى لا يختص بها وحدة. بما فى ذلك أن يهب (أ) إلى (ب) منزلاً إذا تزوج فالزواج شرط إرادى يتعلق بإرادة المدين أو الدائن، ولكن إرادة المشترط عليه ليست مطلقة فالزواج أمر يتعلق بملابسات وظروف أخرى .

أمــا الشــرط الإرادى المحض purement potestative ، فهو على عكــس ذلــك يــتوقف على محض إرادة الشخص، وعلى مطلق إرادته. إنه

يتحقق بمجرد التعبير عن الإرادة من جانب أحد الطرفين أى الدائن أو المدين.

فإذا تعلق الشرط الإرادى المحض بإرادة الدائن، كان صحيحاً، بما فى ذلك أن يهب (أ) إلى (ب) مالاً إذا أراد الأخير .

وعلى عكس ذلك إذا تعلق الشرط الإرادى المحض بإرادة المدين، بحيث يكون وجود الالتزام متوقفاً على مطلق إرادته كان الشرط باطلاً، وكذلك الالتزام المعلق عليه فلا يمكن أن يهب (أ) إلى (ب) مالاً إذا أراد الواهب، لا الموهوب إليه. ففى هذا الفرض، يكون وجود الالتزام قد تعلق بمحض إرادة المدين، إن شاء حققه، وإن لم يشأ لم يتحقق، لذا، يكون الشرط باطلاً، وكذا الالتزام المعلق عليه .

ولذا، ورد نص المادة ٢٦٧ مدنى صريحاً على أنه لا يكون الالتزام قائماً إذا علق على شرط واقف يجعل وجود الالتزام متوقفاً على محض إرادة الملتزم. على أن يكون المقصود بذلك هو الشرط الإرادى المحض، لا البسيط.

١٥٢ – وننبه، بأن ذلك لا يتعلق سوى بالشرط الواقف لا الفاسخ، والأخير يكون صحيحاً دائماً حتى ولو كان شرطاً إرادياً محضاً، وحتى لو تعلق بإرادة المدين. فإذا اتفق المؤجر والمستأجر مثلاً على أن يكون لأى منهما فسخ الإيجار فى أى وقت يشاء. كان الشرط صحيحاً .

وإذا اتفق المقاول ورب العمل على فسخ المقاولة بإرادة أى منهما كان الشرط صحيحاً .

أما الشرط الواقف، فهو يبطل الالتزام إذا كان شرطاً إرادياً محضاً وتعلق بمطلق مشيئة المدين .

٣ – يجب أن يكون الشرط غير مخالف للنظام العام أو الآداب :

١٥٣ – قدمنا بأن الشرط المعلق عليه الالتزام لا يكون صحيحاً إلا إذا كان أمراً مستقبلاً، وغير محقق الوقوع. ويجب كذلك أن يكون مشروعاً، أى غير مخالف للنظام العام أو الآداب .

ويكون الشرط غير مشروع إذا كان موضوعه أمراً غير مشروع فى ذاته، كتعليق الهبة على شرط ارتكاب جريمة. وقد يكون الشرط غير مشروع بسبب الغرض المقصود منه، كشرط منع التصرف فى مال معين إلى الأبد. فعدم المشروعية، مردة الغرض من المنع من التصرف .

فإذا انتهينا بأن الشرط غير المشروع باطل، فهل يمتد البطلان كذلك إلى العقد المعلق عليه ؟

أجابت على ذلك المادة ٢٦٦ مدنى بأنه لا يكون الالتزام قائماً إذا علق على شرط غير ممكن أو على شرط مخالف للآداب أو النظام العام. هذا إذا كان الشرط واقفاً. أما إذا كان فاسخاً فهو نفسه الذى يعتبر غير قائم .

ومع ذلك لا يقوم الالتزام الذى علق على شرط فاسخ مخالف للآداب أو النظام العام إذا كان هذا الشرط هو السبب الدافع إلى التعاقد .

والمتأمل بالنص يرى بأن المشرع يفرق فى بيان حكم الشرط غير المشروع بين الشرط الواقف، والشرط الفاسخ. فإن كان الأول فإن الالتزام لا يقوم .

وتفسير ذلك أن الشرط الواقف يتعلق فيما قدمنا بوجود الالتزام ذاته وبذا يختلط بالباعث الدافع، والباعث الدافع غير المشروع يؤدى إلى بطلان التصرف وعدم نشوء الالتزام ذاته .

أمـــا إذا كـــان الشرط غير المشروع فاسخا، فإن الشرط نفسه هو الذى يعتـــبر غير قائم، ومن ثم يبقى الالتزام ذاته غير مهدد بالزوال، شريطة أن يكـــون الشرط الفاسخ ليس هو الدافع إلى الالتزام أما إذا كان الشرط الفاسخ هو الباعث الدافع إلى الالتزام، فإن الشرط يبطل، وكذلك التصرف ذاته .

الفرع الثانى - أثر الشرط

تحديد :

١٥٤ - نســـارع للتنويه بداية بأن المشرع يفرق فى أثر الشرط بين نوعيه الفاســـخ، والواقـــف. والأول فيما رأينا يتوقف عليه زوال الالتزام والثانى، يـــتوقف علـــيه وجود الالتزام، بحيث إذا تحقق يوجد الالتزام، فإن تخلف لم يوجد .

وفـــى كـــل منهما يتعين التفرقة بين آثار الشرط فى فترة التعليق، وبعد فترة التعليق على التفصيل التالى :

أولاً – أثر الشرط الواقف فى فترة التعليق :

١٥٥ - يمكـــن إجمـــالي آثار الشرط الواقف فى فترة التعليق بأن للدائن فى الالـــتزام المعلق على شرط واقف لم يتحقق بعد حق **un droit** وليس مجرد أمل. وأن حق الدائن مع ذلك غير مؤكد .

١ – للدائن حق وليس مجرد أمل :

١٥٦ - الثابـــت أن للدائـــن فى الالتزام المعلق على شرط واقف خلال فترة التعلـــيق حـــق حـــتى ولو كان غير مؤكد فهو لا يعلم إن كان سيتحقق أم لا يـــتحقق. لكـــنه حق فى النهاية وليس مجرد أمل. وصحيح أنه لا يرقى إلى مرتبة الحقوق كاملة الوجود. لكنه لا يتقدم ليكون مجرد أمل وبعبارة أخرى،

فــإن حــق الدائن فى هذه المرحلة – فى مرتبة وسطى بين الحقوق ومحض الآمال .

ويترتب على اعتبار حق الدائن ليس مجرد أمل نتائج عدة أهمها :
أ – أنــه يمكن أن ينتقل من صاحبه إلى غيره بأسباب انتقال الحقوق بما فى ذلك الميراث، والحوالة، والوصية .

ب – ويجــوز للدائن بحق معلق على شرط واقف، قبل تحقق الشرط أو عدم تحققــه، القيام بالأعمال التحفظية اللازمة للمحافظة على حقه بما فى ذلك قيد رهــن للمدين أهمل قيده، ورفع دعوى تحقيق الخطوط الأصلية، ليطلب من المدين الإقرار بإمضائه .

ج – ويكون للدائن تحت شرط واقف أن يستعمل فى مواجهة مدينه الدعوى غــير المباشــرة، ودعــوى الصورية وهما أبعد فى الأثر وأوسع من حيث النطاق من مجرد الإجراءات التحفظية .

د – وأخــيراً على المدين – خلال الفترة المعلق عليها الالتزام، الامتناع عن كل عمل يحول أو يعطل استعمال الدائن لحقه بعد أن تحقق الشرط. وبذا، إذا تحقــق الشرط المعلق عليه الالتزام، فأصبح حق الدائن مؤكداً، زالت أعمال المدين، فيما عدا الحقوق التى اكتسبها طرف ثالث خلال فترة التعليق إذا كان حسن النية .

٢ – حق الدائن بشرط واقف غير مؤكد :
١٥٧ – إذا انتهينا بأن حق الدائن بشرط واقف، حق لا مجرد أمل فالثابت أنه غير مؤكد الوجود ويترتب على ذلك نتائج أهمها :
أ – أنه لا يمكن التنفيذ العينى لالتزام معلق على شرط واقف .

ب - وليس للدائن بشرط واقف أن يتمسك بأعمال المقاصة بين دينه، ودين حال في ذمته للمدين .

ج - وليس للدائن بحق معلق على شرط واقف، أن يرفع الدعوى البوليصية على المدين .

د - إذا وفى المدين بحق معلق على شرط واقف بالمديونية، أمكنه بدعوى استرداد غير المستحق. استرداد ما أوفى - أخذاً من المادة ١٨١ محمولة على المادة ٢٦٨ مدنى .

هـ - الديون المعلقة على شرط لا تسقط بالتقادم. فالتقادم يلحق الديون المستحقة الأداء، وليس من بينها الديون المعلقة على شرط .

و - إذا كان الالتزام بشرط واقف التزاماً بنقل الملكية على شيء معين بالذات فإن الملكية تنتقل إلى الدائن معلقة على شرط واقف. ومقابل ذلك فإن المدين. قبل تحقق الشرط يكون مالكاً تحت شرط فاسخ .

ثانياً - أثر الشرط الفاسخ فى فترة التعليق :

١٥٨ - إذا انتهينا بأن الشرط الفاسخ هو الذى يتوقف عليه زوال الالتزام فمعنى ذلك أن الالتزام موجود، ونافذ لكنه مهدد بالزوال وبين وجود ونفاذ الالتزام، والتهديد بخطر زواله تترتب نتائج تفصيلها كالآتى :

١ - أنه التزام موجود ونافذ :

١٥٩ - الالتزام المعلق على شرط واقف فيما رأينا ناقص الوجود وغير نافذ خلال فترة التعليق. وعلى عكس ذلك فالالتزام المعلق على شرط فاسخ موجود، ونافذ، ويترتب على ذلك عكس نتائج الالتزام بشرط واقف .

فيكون للدائن بحق معلق على شرط فاسخ طلب التنفيذ الجبرى للالتزام ويكون له التمسك بالمقاصة بين حقه، وما ينشأ فى ذمته من التزام لمدينه وله استعمال الدعاوى الثلاث للمحافظة على الضمان العام : الدعوى غير المباشرة، ودعوى الصورية، والدعوى البوليصية .

وإذا أوفى المدين بالتزام معلق على شرط فاسخ، فإن وفاؤه صحيح لا يجوز استرداده ما دام أن الشرط لم يتحقق .

ويسرى التقادم المسقط قبل الدائن بحق معلق على شرط فاسخ. وتنتقل الملكية إلى الدائن تحت شرط فاسخ فى المنقول المعين بالذات بالإفراز وفى العقار بالتسجيل، وتكون الملكية مهددة بالزوال .

٢ - الالتزام تحت شرط فاسخ مهدد بالزوال :

١٦٠ - أسلفنا بأن الالتزام تحت شرط فاسخ مهدد بالزوال إذا تحقق الشرط ويترتب على ذلك أن الدائن بحق معلق على شرط فاسخ لا يمكنه القيام بالأعمال التى تعوق الجانب الآخر من استعمال حقه إذا نفذ هذا الحق بتحقيق الشرط .

وإذا استوفى الدائن تحت شرط فاسخ حقه من المدين ثم تحقق الشرط أمكن للمدين استرداد ما أوفى بمقتضى المادة ١٨١ مدنى .

ثانياً - أثر الشرط بعد فترة التعليق :

١٦١ - تنتهى الفترة المعلق عليها الشرط إما بتحقق الشرط، أو بتخلفه على خلاف فيما إذا كان الشرط واقفاً أو فاسخاً .

أ - حالة تخلف الشرط :

١٦٢ - إذا تخلف الشرط الواقف، فإن حق الدائن يصبح كأنه لم يكن، وتزول كل الآثار التى قد تكون نشأت خلال فترة التعليق، بما فى ذلك الإجراءات

التحفظية التى اتخذها الدائن. وإذا كان الدائن قد تصرف فى حقه المعلق على شرط، فإن زوال حق الدائن – بتخلف الشرط – يستتبع بالضرورة زوال أثر التصرف .

أمـا إذا تخلـف الشرط الفاسخ، فإن الالتزام يتأبد نهائياً، وتتأبد بالتالى جميع التصرفات التى يكون قد أجراها الدائن فى فترة التعليق .

ب – حالة تحقق الشرط :

١٦٣ – إذا تحقـق الشرط الواقف، كان الحق نافذاً، تترتب عليه جميع آثار الحقـوق الـنافذة مسـتحقة الأداء، فيمكن تنفيذه جبراً، وتجوز المقاصة به ويسـرى علـيه الـتقادم من تاريخ تحقق الشرط، وتستعمل بشأنه الدعاوى الثلاث.

وإذا تحقـق الشرط الواقف، اعتبر الالتزام موجوداً ليس فقط من تاريخ تحقـق الشرط، بل من يوم نشوء الالتزام الشرطى ذاته. فإذا وعد الأب ابنه فى بداية العام الدراسى بمكافأة، إذا نجح فى الامتحان فى نهاية العام، وتحقق الشـرط بـنجاح الابـن فعلاً اعتبر الوعد بالمكافأة سارياً من بداية العام لا نهايته.

وإذا تحقـق الشـرط الفاسخ، زال حق الدائن، وزال معه كل أثر بأثر رجعـى. فـإذا كـان المدين قد وفى بالدين، وتحقق الشرط الفاسخ أمكن له اسـترداده. وإذا كـان الالـتزام بنقل ملكية معلقاً على شرط فاسخ، وتحقق الشرط، زالت الملكية عن الدائن بأثر رجعى .

وترتيباً على ذلك فإن الالتزام المعلق على شرط واقف، كالالتزام المعلق على شرط فاسخ، له أثر رجعى فى حالة تحقق الشرط .

وليست قاعدة الأثر الرجعى لتحقق الشرط بنوعية قاعدة مطلقة، بل ثمة استثناءات تقيدها .

الفرع الثالث ـ الأثر الرجعى للشرط

نصان. تعليق وتقسيم :

١٦٤ - ورد بنص المادة ٢٦٩ مدنى بأنه يترتب على تحقق الشرط الفاسخ زوال الالتزام ويكون الدائن ملزماً برد ما أخذه، فإذا استحال الرد لسبب هو مسئول عنه وجب عليه التعويض .

على أن أعمال الإدارة التى تصدر من الدائن تبقى نافذة رغم تحقق الشرط .

وتقضى المادة ٢٧٠ بأنه إذا تحقق الشرط استند أثره إلى الوقت الذى نشأ فيه الالتزام إلا إذا تبين من إرادة المتعاقدين أو من طبيعة العقد أن وجود الالتزام أو زواله إنما يكون فى الوقت الذى تحقق فيه الشرط .

ومع ذلك لا يكون للشرط أثر رجعى إذا أصبح تنفيذ الالتزام قبل تحقق الشرط غير ممكن لسبب أجنبى لا يد للمدين فيه .

والنص الأول خاص بالأثر الرجعى لتحقيق الشرط الفاسخ، والاستثناء منه بالنسبة لأعمال الإدارة التى تبقى نافذة برغم تحقق الشرط. فهو استثناء خاص بالشرط الفاسخ وحده .

أما النص الثانى، فيتعلق بالأثر الرجعى لتحقق الشرط الواقف، والاستثناءات الواردة على الأثر الرجعى للشرط بنوعيه .

ونعرض بداية لنتائج الأثر الرجعى للشرط، والاستثناءات عليه فيما يلى:-

المحور الأول – النتائج المترتبة على الأثر الرجعى للشرط :

١٦٥ – إذا قام المدين تحت شرط واقف بوفاء الدين عن غلط قبل تحقق الشرط، ولم يقم باسترداد ما أوفى لا يكون له متى تحقق الشرط الحق فى الاسترداد. ذلك أنه وقت الوفاء كان مديناً فعلاً .

أما إذا كان الشرط فاسخاً وقام المدين بالوفاء قبل تحقق الشرط، فإنما يؤدى حقاً فى ذمته لا يستطيع استرداده. فإن تحقق الشرط الفاسخ زال الالتزام – فيما قدمنا – بأثر رجعى. وبذا يكون الدائن ملزماً برد ما أخذ فإن استحال عليه الرد لخطأ من الدائن، وجب عليه التعويض، بما فى ذلك مثلاً أن يقوم الدائن تحت شرط فاسخ بالتصرف فى المنقول إلى متصرف إليه حسن النية، يتملكه بقاعدة الحيازة فى المنقول سند الملكية، ثم يتحقق الشرط الفاسخ، فيسأل الدائن بالتعويض .

ويترتب على الأثر الرجعى لتحقيق الشرط أن الرهن الذى يضمن الالتزام لا ينتج أثره قبل الغير من يوم تحقق الشرط بل من تاريخ قيده فى الشهر العقارى بحيث لو قيد الرهن فى ذات يوم العقد اعتبر نافذاً فى مواجهة الغير منذ هذا التاريخ .

وإذا صدر فى الفترة بين انعقاد العقد، وتحقق الشرط الواقف قانون جديد يعدل فى آثار العقد، فإن العقد يظل خاضعاً مع ذلك للقانون الذى أبرم فى ظله وليس للقانون الجديد .

وإذا تحقق الشرط الواقف فى عقد ناقل للملكية، فإن مقتضى الأثر الرجعى، أن المتصرف إليه مالك من تاريخ العقد لا من تاريخ تحقق الشرط. كذا، فالغبن lesion – فى الحالات التى يؤثر فيها يرجع فى تحديده إلى تاريخ العقد لا تاريخ تحقق الشرط .

وبتحقق الشرط، تعتبر التصرفات التى أجراها المالك تحت شرط واقف صادرة من مالك، ونافذة من تاريخ صدورها، وليس من تاريخ تحقق الشرط.

وتفريعاً على ذلك إذا اشترى (أ) عقاراً تحت شرط واقف، ثم رهنه إلى (ب)، ثم تحقق الشرط بعد ذلك اعتبر الرهن قائماً من تاريخ إبرامه وليس من تـاريخ تحقـق الشرط. ويترتب عكس ذلك إذا كان الشرط فاسخاً، ثم تحقق حيث يعتبر الرهن – فى المثال المذكور – كأنه صادراً من غير مالك، ومن ثم لا يعتبر نافذاً فى حق الدائن المرتهن إلا من تاريخ إبرام الرهن وليس من تاريخ تحقق الشرط الفاسخ .

والمعـنى أن التصرفات الصادرة من المالك تحت شرط فاسخ فى أثناء فترة التعليق تسقط عند تحقق الشرط .

ويخفف من هذا المبدأ – فى المنقولات قاعدة : الحيازة فى المنقول سند الملكـية إذا كان من اكتسب المنقول حسن النية لا يعلم أنه يتعامل مع مالك تحـت شرط فاسخ. فإن تحقق الشرط الفاسخ فإنه يظل مالكاً ليس بالعقد بل بالحيازة فى المنقولات إذا توافرت شرائطها الأخرى .

المحور الثانى – الاستثناءات من الأثر الرجعى :

١٦٦ – الأسـاس الذى يقوم عليه قاعدة الأثر الرجعى لتحقق الشرط بنوعيه هو إرادة المتعاقدين. لذا يكون للمتعاقدين بداية أن يستبعدا الرجعية باتفاقهما .

كـذا، يمكـن أن يستبعد الأثر الرجعى لتحقق الشرط الفاسخ إذا اقتضت طبـيعة العقـد ذلـك، كما هو الحال فى العقود الزمنية، أى مستمرة التنفيذ كالإيجـار، أو دوريـة التنفـيذ كالتوريد. فإذا علق العقد الزمنى على شرط فاسخ، ونفذ لمدة معينة ثم تحقق الشرط الفاسخ، لم يكن له أثر رجعى لأن ما مضى من الزمن لا يمكن أن يعود .

ويستثنى كذلك أعمال الإدارة من الأثر الرجعي للشرط الفاسخ إعمالاً للمادة ٢٦٩/ ٢ مدنى. فتظل هذه الأعمال نافذة برغم تحقق الشرط .

ويدخل في أعمال الإدارة الإيجار لأقل من ثلاث سنوات وقيد الرهن، وتجديد القيد وتسجيل العقد، وإجراء القسمة ونحو ذلك بشرط أن يكون من صدرت منه حسن النية .

وبرغم أن النص لم يشر بألفاظه سوى لأعمال الإدارة الصادرة من الدائن تحت شرط فاسخ إلا أن حكمها يمتد عقلاً إلى أعمال الإدارة التى تصدر من المدين بالتزام تحت شرط واقف، فتظل هذه الأعمال قائمة برغم تحقق الشرط الواقف .

ولا يكون للشرط بنوعيه أثر رجعى إذا أصبح بتنفيذ الالتزام قبل تحقق الشرط غير ممكن لسبب لا يد للمدين فيه .

وينبنى على الأثر الرجعى للشرط الواقف، احتساب مدة التقادم المسقط للالتزام. فالتقادم – فيما سنرى – لا يسرى إلا من اليوم الذى يتحقق فيه الشرط الواقف .

وإذا تحقق الشرط الواقف سقطت الحقوق التى أجراها المدين. وإذا تحقق الشرط الفاسخ سقطت الحقوق التى أجراها الدائن فيما عدا الحقوق التى اكتسبها الغير حسن النية .

المطلب الثانى - الأجل

نصوص، تعليق وتقسيم :

١٦٧ - فى مواد أربع من ٢٧١ إلى ٢٧٤ من القانون المدنى، تناول المشرع الأجل، فنصت الأولى على تعريفه، والثانية عن الأجل القضائى، والثالثة فى انقضائه، والأخيرة عن آثاره .

ونعيد ترتيب الكلام فى الأجل فنعرض بداية لتعريفه، وأنواعه ثم انقضاء الأجل، ونخصص الأخير للأجل القضائى .

الفرع الأول - ماهية الأجل، أنواعه

١٦٨ - الأجل le terme أمر عارض مستقبل مؤكد الوقوع من شأنه أن يوقف استحقاق الالتزام أو يزيله. وعليه ورد بالمادة ٢٧١/ ١ مدنى بأن الالتزام يكون لأجل إذا كان نفاذه أو انقضاؤه مترتباً على أمر مستقبل محقق الوقوع .

فالذى يميز الأجل فضلاً عن أنه أمر مستقبل، هو أنه بعكس الشرط محقق الوقوع. ولذا فإن الحق المعلق على شرط، ناقص غير مؤكد بينما الحق المؤجل موجود وكامل لكنه مؤجل النفاذ .

وإن كان الأجل أمراً محقق الوقوع، فليس مهماً بعد ذلك أن يكون وقت تحققه معلوماً أو غير معلوم. ومثال الأول القرض لثلاث سنوات. ومثال الثانى التزام (أ) بدفع مبلغ معين حين وفاة (ب) .

وعن الاثنين قالت المادة ٢٧١ مدنى، بأن الأجل يعتبر محقق الوقوع متى كان وقوعه محتماً ولو لم يعرف الوقت الذى يقع فيه .

والأجل أخذاً عن المادة ٢٧١ وما بعدها على أقسام عدة تختلف بحسب الزاوية التى ينظر إليها فى كل تقسيم .

فبالنظر إلي وقت وقوعه ينقسم الأجل إلى معين، وغير معين. وبالنظر إلـــى أثره ينقسم إلى أجل واقف، وأجل فاسخ، ومن حيث مصدره ينقسم إلى أجل اتفاقى، وقضائى، وقانونى .

وقـــد أشرنا إلى الأجل المعين، وغير المعين. ويبقى أن نبين بأن الأجل من حيث أثره ينقسم إلى أجل واقف، وأجل فاسخ. والأول يترتب على حلوله صـــيرورة الالتزام مستحق الأداء واجب التنفيذ بما فى ذلك التزام المقترض برد القرض فى ٣٠ يناير ٢٠٠٥ مثلاً .

أمـــا الأجـــل الفاسخ terme extinctif ، فيؤدى حلوله إلى وضع حد لتنفـــيذ الالتزام بما فى ذلك إنهاء الإيجار لمدة سنة، بانقضاء السنة، وانتهاء المقاولة بإتمام البناء أو الإنشاء .

والواقـــع أن الأجـــل الفاسخ يقترب من أسباب انقضاء الالتزام بقدر ما يتأبى عن أن يكون وصفاً للالتزام. ولن نعرض له .

أمـــا من حيث المصدر، فينقسم الأجل إلى اتفاقى، وقانونى، وقضائى، والأول مصـــدره إرادة الطرفين التى قد تكون صريحة، أو ضمنية. فالأجل الصـــريح يـــتفق عليه صراحة بما فى ذلك التزام المقترض برد القرض فى تاريخه. أما الأجل الضمنى فيستفاد بطريقة تفسير بنود العقد، أو من ظروف وملابسات التعاقد ونحو ذلك .

بمـــا فى ذلك التزام مورد الأغذية بتوريدها إلى إحدى المدارس. التزام معلـــق علـــى أجـــل واقـــف هو بدء الدراسة، وعلى أجل فاسخ انتهاء العام الدراسى .

والـــتزام المقاول بالقيام بالعمل، معلق على أجل واقف هو المدة اللازمة لإتمام العمل .

أما الأجل القانونى، فمصدره نص القانون، بما فى ذلك وفاة المنتفع أجل لانتهاء حق الانتفاع .

أما الأجل القضائى، فمصدره حكم المحكمة بمنح المدين حسن النية أجلاً أو آجالاً للسداد إذا توافرت شرائط معينة فيما يسمى بنظرة الميسرة délai de grâce .

الفرع الثانى - آثار الأجل

تحديد :

١٦٩ - قدمنا بأن الأجل من حيث وقت حلوله على نوعين : واقف terme suspensif وفاســخ T. extinctiaf . والأول يؤخــر تنفيذ الالتزام، فيما الــثانى يترتب على حلوله انقضاء الالتزام. فحلول أجل انتهاء الإيجار يضع حداً لعلاقة المؤجر بالمستأجر، ووفاة المنتفع ينقضى بها حق الانتفاع .

وقــد أشرنا بأن الأجل الفاسخ أقرب إلى انقضاء الالتزام من أوصافه، وآيـــة ذلــك ما ورد بنص المادة ٢٧٤/ ٢ مدنى، يترتب على انقضاء الأجل الفاســخ زوال الالتزام، دون أن يكون لهذا الزوال أثر رجعى، ولن نعرض بالتالى للأجل الفاسخ بل نقصر دراستنا فى أثر الأجل الواقف .

أثر الأجل الواقف :

١٧٠ - الأجــل الواقف، على ما رأينا أمر يطرأ على التزام موجود، يؤخر تنفــيذه. وبين وجود الالتزام، وتأخير تنفيذه تتضح آثار الأجل الواقف، وذلك على النحو الآتى :

أ – الالتزام المؤجل موجود وكامل قبل حلول الأجل :

١٧١ – يتميز الالتزام المضاف إلى أجل واقف بأنه موجود وكامل قبل حلول الأجل وبذا يختلف عن الالتزام تحت شرط واقف، حيث لا يكون موجوداً بالكامل فى فترة التعليق – على النحو الذى بسطناه آنفاً .

ويترتب على وجود الالتزام المضاف إلى أجل آثار عدة ورد بعضها بنص المادة ٢٧٤/ ١ مدنى بأنه إذا كان الالتزام مقترناً بأجل واقف، فإنه لا يكون نافذاً إلا فى الوقت الذى ينقضى فيه الأجل، على أنه يجوز للدائن، حتى قبل انقضاء الأجل، أن يتخذ من الإجراءات ما يحافظ به على حقوقه، وله بوجه خاص أن يطالب بتأمين إذا خشى إفلاس المدين أو إعساره واستند فى ذلك إلى سبب معقول .

والمعنى أن للدائن أن يتخذ من الإجراءات ما يكفل له المحافظة على حقه بما فى ذلك مثلاً قيد الرهن لضمان حقه، أو تجديد القيد، وطلب وضع الأختام ورفع دعوى الصورية ورفع الدعوى غير المباشرة .

كذا، للدائن قبل حلول الأجل أن يطالب المدين بتأمين عينى أو شخصى إذا خشى إفلاس المدين أو إعساره واستند فى ذلك إلى سبب معقول .

والحق المؤجل يمكن أن ينتقل بطريق الإرث أو الحوالة .

وإذا قام المدين بالوفاء اختياراً قبل حلول الأجل، مع علمه بالأجل، فإنه يوفى بدين موجود فى ذمته، فلا يحق له استرداد ما أوفى .

الفرع الثالث - انقضاء الأجل

١٧٢ – ينقضى الأجل بطرق أربع هى حلول أجله، أى اليوم أو التاريخ المحدد له وبه يصبح الدين مستحق الأداء. وإذا كانت القاعدة أن حلول الأجل

ينقضى به الالتزام فإن التساؤل يثور عن كيفية تحديد الأجل أى اليوم أو التاريخ الذى يلتزم فيه المدين بالوفاء عند المقدرة، أو عند الميسرة. فكيف يتحدد ذلك اليوم ؟

الأمر لا يخرج عن فرضين : الفرض الأول، أنه قد يتضح من ظروف وملابسات التعاقد أن الميسرة، أو المقدرة شرط واقف علق عليه الالتزام. وتنطبق بالتالى عليه أحكام الشرط، فإن تحقق وجب الوفاء وإن لم تتحقق فإن الدين يسقط لتخلف الشرط .

والفرض الثانى، أن يتضح من الظروف أن الميسرة أو المقدرة هى أجل لوفاء المدين بدينه كأن يقترض (أ) مبلغاً على أن يوفى به عند المقدرة أو الميسرة، فيكون الدين مستحق الأداء إذا تيسرت أحوال المدين .

فإن ثار الشك فى حقيقة قصد المدين، بالوفاء عند المقدرة، فيما إذا كان الالتزام معلقاً على شرط واقف أو على أجل، فيفترض أن القصد هو الأجل وعلى المدين، إن أراد العكس إثباته .

وفى كيفية تحديد الأجل، إذا تعهد المدين بالوفاء حين الميسرة تنص المادة ٢٧٢ مدنى بأنه إذا تبين من الالتزام أن المدين لا يقوم بوفائه إلا عند المقدرة أو الميسرة، عين القاضى ميعاداً مناسباً لحلول الأجل مراعياً فى ذلك موارد المدين الحالة والمستقبلة ومقتضياً منه عناية الرجل الحريص على الوفاء بالتزامه .

وإذا لم يعين ميعاد لحلول الدين بواسطة القاضى على ما ورد بالنص فإن الدين يحل حتماً بوفاة المدين .

كذا ينقضى الأجل أخذاً من القواعد العامة بنزول صاحب المصلحة فيه، عنه :

وصاحب المصلحة فى النزول عن الأجل قد يكون الدائن أو المدين أو همـــا معـــاً. فالأجل فى الوديعة مثلاً يكون لمصلحة الدائن. بينما الأجل فى عاريـــة الاســـتعمال بـــدون فائدة يكون لمصلحة المدين. ويكون الأجل من مصـــلحة الطرفين فى السندات ذات الفائدة حيث يكون لمصلحة المدين وهو الشـــركة المقترضـــة، ولمصلحة الدائن وهو المقرض أو المكتتب فى السند، حيث يوظف أمواله لمدة معينة بفائدة .

فإن ثار الشك فى صاحب المصلحة من الطرفين فى الأجل، افترض أن الأجـــل لمصـــلحة المدين أخذاً من قاعدة عامة مفادها تفسير الشك لمصلحة المدين. ويكون للدائن إثبات عكس ذلك .

صـــاحب المصلحة فى الأجل إذن صاحب الحق فى النزول عنه، الدائن أو المدين، أو كلاهما بطريق الاتفاق فيما بينهما. وقد خرج المشرع عن هذه القاعدة بتقريره فى القرض بفائدة والأجل فيه مضروب لمصلحة الطرفين – أن للمديـــن وحده النزول عنه فنصت المادة ٥٤٤ مدنى بأنه " إذا اتفق على الفوائـــد كان للمدين إذا انقضت ستة أشهر على القرض أن يعلمن رغبته فى إلغـــاء العقد ورد ما اقترضه على أن يتم الرد فى أجل لا يجاوز ستة أشهر مـــن تاريخ هذا الإعلان، وفى هذه الحالة يلتزم المدين بأداء الفوائد المستحقة عن ستة الأشهر التالية للإعلان. ولا يجوز بوجه من الوجوه إلزامه أن يؤدى فـــائدة أو مقـــابلا مـــن أى نوع بسبب تعجيل الوفاء، ولا يجوز إسقاط حق المقترض فى الرد أو الحد منه .

كما ينقضى الأجل بسقوطه. ويسقط حق المدين فى الأجل لأسباب ورد النص عليها بالمادة ٢٧٣ مدنى وهى، إذا شهر إفلاس المدين أو إعساره وفقاً لنصوص القانون .

إذا أضعف المدين بفعله إلى حد كبير ما أعطى الدائن من تأمين خاص ولو كان هذا التأمين قد أعطى بعقد لاحق أو بمقتضى القانون هذا ما لم يؤثر الدائن أن يطالب بتكملة التأمين. أما إذا كان أضعاف التأمين يرجع إلى سبب لا دخل لإرادة المدين فيه، فإن الأجل يسقط ما لم يقدم المدين ضماناً كافياً .

وأخيراً يسقط حق المدين فى الأجل إذا لم يقدم للدائن ما وعد فى العقد بتقديمه من التأمينات .

١ – سقوط الأجل بسبب شهر إفلاس المدين أو إعساره :

١٧٠ – الإفلاس فيما رأينا نظام خاص بالتجار بينما الإعسار يتعلق بغير التجار. وفى الحالتين يسقط الأجل فيحرم منه المدين المفلس أو المعسر بصدور الحكم ومع ذلك أجاز المشرع للقاضى أن يحكم بإبقاء الأجل أو مدة بالنسبة إلى الديون المؤجلة كما يجوز له أن يمنح المدين أجلاً بالنسبة للديون الحالة، إذا رأى أن هذا الإجراء تبرره الظروف، وأنه خير وسيلة تكفل مصالح المدين والدائنين معاً على ما ورد بالمادة ٢٢٥/ ٢ مدنى .

وبإسقاط الأجل عن المدين بحكم شهر الإفلاس أو الإعسار يحقق المشرع المساواة بين دائنى المدين. فيه يستطيع الدائنون بديون آجله مشاركة أصحاب الديون الحالة بالتنفيذ على أموال المدين المفلس أو المعسر وبغير ذلك يترتب على انتظار أصحاب الديون الآجلة تقدم الآخرين عليهم بما يخل بالمساواة بين الدائنين .

٢ – سقوط الأجل بسبب إضعاف التأمينات الخاصة :

١٧١ – المقصود بالتأمين الخاص، الرهن، والامتياز، ويقع على عين معينة بالذات وإضعاف التأمينات الخاصة يسقط الأجل عن المدين سواء كان ذلك بفعل المدين، أو بسبب أجنبى لا يد للمدين فيه .

ويمكـــن للمديـــن فـــي الحالتين - توقيا لسقوط الأجل - أن يقدم للدائن ضماناً كافياً ؟

٣ - سقوط الأجل لتخلف المدين عن تقديم ما وعد به من تأمينات :

١٧٢ - إذا وعـــد المدين دائنه بتقديم تأمين خاص كرهن. أو كفالة. وتخلف عـــن الوفـــاء بوعده، حرم المدين من الأجل، لأن الدائن مارضي بالأجل إلا اعتماداً على هذا الوعد .

الفرع الرابع - الأجل القضائى : terme de grâce

١٧٣ - بعـــد أن نصت الفقرة الأولى من المادة ٣٤٦ مدنى بوجوب الوفاء فـــوراً بمجرد ترتب الالتزام نهائياً فى ذمة المدين، ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضى بغير ذلك، تابعت فى فقرتها الثانية، على أنه يجوز للقاضى فى حالات اســـتثنائية إذا لم يمنعه نص فى القانون أن ينظر المدين إلى أجل معقول أو أجـــال يـــنفذ فـــيها التزامه، إذا استدعت حالته ذلك ولم يلحق الدائن من هذا التأجيل ضرر جسيم .

وفى النص تحديد لشروط منح الأجل القضائى، وفى القواعد العامة بيان لآثار الأجل القضائى، على التفصيل الآتى :

أولاً - شروط منح الأجل القضائى :

١٧٤ - المـــتأمل بنص المادة ٣٤٦/ ٢ يرى بداية بأن منح الأجل القضائى مســـألة جوازيـــة للمحكمة أن تحكم به إذا توافرت شرائط معينة أهمها : أن تستدعى حالة المدين منحه أجلاً، أو مد أجل تنفيذ الالتزام بما فى ذلك حسن نية، وعدم تعمده عدم الوفاء .

ب - ألا يصيب الدائن - من جراء منح الأجل القضائى - ضرر جسيم بمعنى أن المحكمة عليها إقامة نوع من التوازن المقبول أو المعقول بين حالة المدين حسن النية الذى تأخر فى الوفاء لسوء حظه، وبين مدى الأضرار التى تمس الدائن جراء منح المدين أجلاً. فإن رجحت الأولى، منحه وإن كانت الثانية منعه .

ومن الأضرار الجسيمة التى يمكن أن تصيب الدائن من جراء منحه أجلاً قضائياً أن يكون قد اعتمد على وفاء مدينه لإبرام صفقة، أو لسداد ديون عليه هو .

ج - وأخيراً، ألا يوجد نص قانونى يحول دون منح الأجل القضائى، بما فى ذلك مثلاً. أن الوفاء بالأوراق التجارية - شيك - سند إذنى - كمبيالة لا يجوز فيه منح المدين أجلاً بواسطة القاضى .

والمهم أنه بتوافر الشروط السابقة يجوز للقاضى منح المدين أجلاً للسداد، أو آجالاً متعددة .

وننبه - بهذا الشأن لأمرين : الأول أن على القاضى أن يمنح المدين أجلاً معقولاً، فلا يكون طويلاً يعطل على الدائن حقه، ولا قصيراً لا يسعف المدين عن تدبر أحواله .

والمسألة برمتها متروكة لتقدير قاضى الموضوع بدون معقب من محكمة النقض .

والأمر الثانى أنه يجوز طلب الأجل فى فرضين هما : أن يرفع الدائن الدعوى مطالبا بالدين. أو أن يكون الدائن بموجب سند رسمى، قد بدأ إجراءات التنفيذ على أموال المدين .

إنما لا يجوز طلب الأجل القضائى عن طريق الاستشكال فى التنفيذ، أى إذا كان يباشر الدائن التنفيذ بمقتضى حكم نهائى .

ثانياً – آثار الأجل القضائى :

١٧٥ – نـنوه بداية بأن جميع الآثار المترتبة على الأجل القانونى أو الأجل الاتفاقى تترتب على الأجل القضائى من حيث أنه :

أ – يوقـف التنفـيذ حتى ينقضى الأجل. فإذا كان أجل الوفاء بالدين هو ١٥ يناير ٢٠٠٥، ومنح القاضى للمدين أجلاً للسداد فى ١٥ أبريل من نفس العام. فيتوقف التنفيذ حتى ينتهى الأجل القضائى. والمسألة لا تخرج عن فرضين : الأول أن يسـارع المدين – إلى الوفاء خلال مهلة الأجل القضائى وبالوفاء ينقضـى الالـتزام. والثانى ألا يقوم المدين بالوفاء خلال المهلة التى منحها القاضى وعندها يكون للدائن متابعة إجراءات التنفيذ التى أوقفها حيث وقفت أى أنه لا يحتاج إلى اتخاذ إجراءات التنفيذ من جديد .

ب – الأجـل القضائى، لا يحول بين الدائن وحقه فى اتخاذ كافة الإجراءات التحفظـية للمحافظة على حقه فى مال المدين. بما فى ذلك مثلاً أن يقوم بقيد رهـن ضامن لحقه، أو يطلب تحقيق إمضاء مدينه على سند الدين أو يتدخل فى دعوى مقامة من المدين أو عليه .

ج – وإذا كانـت مديونـية المدين على أقساط ومنحه القاضى آجالاً متعاقبة للوفـاء. فـتخلف المدين عن سداد قسط حل أجله، فإن سائر الأقساط جميعاً يحل أجله، ويكون للدائن بالتالى التنفيذ عليها .

د – والأجـل القضائى نسبى لا يفيد منه غير المدين الذى منح الأجل، حتى ولـو كـان المدين متضامناً مع مدينين آخرين. ولا يحتج به المدين إلا على الدائن الذى حكم بالأجل فى مواجهته .

هـــ- وإن اتفق الأجل القضائى والأجل القانونى، والإتفاقى – فى المسائل المذكـــورة فيـــبقى فرق مهم يتميز به الأجل القضائى عنهما يتمثل فى أنه – بعكـــس الأنواع الأخرى لا يحول دون إعمال المقاصة إذا توافرت شرائطها بين الدين الممنوح أجلاً لسداده، وبين دين فى ذمة الدائن للمدين حل بعد ذلك وعليه ورد نص المادة ٢٦٣/ ٢ بأنه لا يمنع المقاصة أن يتأخر ميعاد الوفاء لمهلة منحها القاضى، أو تبرع بها الدائن .

المبحث الثانى – تعدد محل الالتزام

تمهيد وتقسيم :

١٧٦ – فرضـــان يختلفان في الطبيعة، والأثر إذا تعدد محل الالتزام. الأول عندما يكون التزام المدين مشتملا على عدة أشياء، وتبرأ ذمة المدين، إذا قام بأداء واحد منها فقط، كالتزام شخص بتسليم السيارة البيضاء أو السوداء. فيما يسمى بالالتزام التخييرى ob. Alternative .

والـــثانى أن يكـــون التزام المدين المشتمل على عدة أشياء بتقديم محل واحـــد معيـــن مع حقه بأداء شيء آخر بدلاً منه، فيما يسمى بالالتزام البدلى ob. Facultative . بمـــا في ذلك أن يفترض المدين مبلغاً، على أن يسدده بحلـــول أجله، فإن لم يستطع كان له أن يعطى الدائن منزلاً وبين الالتزامين التخيـــيرى الـــذى تـــبرأ فـــيه ذمة المدين بأداء واحد من الاداءات المتعددة، والالـــتزام البدلى الذى يلتزم فيه المدين بأداء محدد. أو ببديل عنه، تفاصيل عدة .

الفرع الأول – الالتزام التخييرى

١٧٧ – تســـاؤلات عـــدة بشأن الالتزام التخييرى منها طبيعته، ولمن يكون الخيار وكيف يكون ؟ وما الحكم إذا امتنع صاحب الخيار عن استعماله؟ وما الحكم لو هلكت العين أو استحال التنفيذ قبل استعمال الخيار ؟ (١) .

وعـــن طبيعة الالتزام التخييرى تقول المادة ٢٧٥ مدنى أنه الذى يشمل محلـــه أشـــياء مـــتعددة تبرأ ذمة المدين تامة إذا أدى واحداً منها المحل في

---

(١) وذلك أجابت عنها المواد ٢٧٥ إلى ٢٧٧ من القانون المدنى .

الالتزام التخييرى إذا ينشأ متعدداً تتوافر فيها جميعاً شرائطها القانونية فإن لم تتوافر فى المحال المتعددة عناصرها القانونية، لم نكن بصدد التزام تخييرى بل التزام بسيط. بمعنى أنه إذا كان محل التزام المدين أداءات ثلاثة : فيها واحد فقط تتوافر شروطه والاثنين غير مشروعين، لم نكن بصدد التزام تخييرى، بل محض التزام بسيط لأن المحل أداء واحد .

ومن ناحية ثانية، فإن المدين إذا كان المحل أشياء متعددة، لا يلتزم عند الوفاء إلا بتقديم أحد هذه المحال المتعددة فقط .

بما يدفعنا للقول بأن الالتزام التخييرى ينشأ متعدداً، وعند الوفاء يصبح بسيطاً .

١٧٨ – ويظل التساؤل قائماً عمن يكون له الخيار ؟ وكيفيته ؟ وعن الأول أجابت المادة ٢٧٥ بأن الخيار في الالتزام التخييرى للمدين. ولا يكون الخيار إلا فى حالتين : الأولى – إذا ورد نص فى القانون على ذلك والثانية، أن يتفق المتعاقدان عليه. ويمكن بإرادة الطرفين كذلك ترك الخيار لأجنبى وإذا توفي صاحب الخيار انتقل حقه إلى ورثته. فإذا شهر إعساره أو إفلاسه كان حق الخيار لجماعة الدائنين .

وعن كيفية استعمال الخيار نرى بأنه بمجرد إخطار الطرف الآخر فى العقد .

فإذا امتنع صاحب الخيار عن استعماله، فإن المادة ٢٧٦ تفرق فى الحكم بين الدائن، والمدين، والغير. فإن كان الخيار للمدين ثم امتنع عن الاختيار أو تعدد المدينون ولم يتم الاتفاق بينهم، كان للدائن أن يطلب من المحكمة تعيين أجل يختار فيه المدين أو يتفق فيه المدينون، فإن لم يتم ذلك كان للمحكمة تعيين محل الالتزام .

فــإن كــان الخيار للدائن وامتنع عن الاختيار. أو تعدد الدائنون ولم يتم اتفاق بينهم، كان للمحكمة أن تحدد أجلاً بناء على طلب المدين للاختيار فإن انقضــى الأجــل دون تعيين محل الالتزام، انتقل حق الخيار للمدين لا إلى القاضى كما فى الحالة السابقة. أما إذا كان اختيار محل الالتزام للغير ولم يقم به تولى القاضى نفسه الاختيار .

الفرع الثانى - الالتزام البدلى

نص وحيد، وتطبيق نادر :

بالمــادة ٢٧٨ مدنى ورد بأن الالتزام يكون بدلياً إذا لم يشمل محله إلا شيئاً واحداً، ولكن تبرأ ذمة المدين إذا أدى بدلاً منه شيئاً آخر .

والشــيء الذى يشمله محل الالتزام لا البديل الذى تبرأ ذمة المدين بأدائه هو وحده محل الالتزام، وهو الذى يعين طبيعته .

ولا نــرى التوسع فى أحكام الالتزام البدلى، لندرة الحالات التى يعرض فيها عملاً، ونكتفى بتحديد الفرق فى الطبيعة بينه وبين الالتزام التخييرى .

أ - الالــتزام التخيــيرى يقع منذ نشوئه على عدة محال، وينقلب إلى التزام بســيط وقت الخيار. أما الالتزام البدلى فعكس ذلك حيث يقع منذ نشوئه على محل واحد هو المحل الأصلى، ولا يظهر البديل إلا عند الوفاء .

ب - والخيار فى الالتزام التخييرى للدائن، وللمدين بينما الخيار فى الالتزام البدلى هو دائماً للمدين لأن محل الالتزام واحد .

ويترتب على الاختلاف فى الطبيعة – بين الالتزامين آثار عدة أهمها –
أ – أن الدائن فى الالتزام البدلى، لا يكون له مطالبة المدين سوى بالشىء الأصلى. وعكس ذلك فى الالتزام التخييرى .

ب – أن طبيعة الالتزام يمكن تحديدها فى الالتزام البدلى، لا التخييرى فهى تتحدد فى الأول بالمحل الأصلى لا البديل، وفى الثانى لا يمكن تحديدها إذا اختلفت المحال فى الطبيعة .

ج – ينقضى الالتزام البدلى، إذا أصبح الوفاء بالمحل الأصلى مستحيلاً لسبب أجنبى بخلاف الحال فى الالتزام التخييرى الذى لا ينقضى إلا بهلاك المحال المتعددة جميعاً .

١٧٩ – وإجمالاً، يكون للمحكمة استعمال الخيار فى حالتين : عندما يكون الخيار للمدين ويمتنع عنه، بعد إعطاء مهلة للقيام به. وعندما يكون الخيار للغير، ولا يقوم به بدون إعطاء مهلة لذلك .

ونلفت النظر بأنه متى استعمل صاحب الخيار حقه، انتقل الالتزام من تخييرى – إلى بسيط بأثر رجعى يرتد إلى وقت نشوء الالتزام لا إلى وقت استعمال الخيار. فإن كان الالتزام بنقل ملكية منقولين معينين بالذات قد نشأ فى يناير ٢٠٠٥، ووقع الاختيار على أحدهما بعد ذلك، فإن الدائن يصبح مالكاً للمنقول ليس من وقت استعمال الخيار بل من وقت إبرام العقد .

أما إذا استحال تنفيذ الالتزام قبل استعمال الخيار، أو هلكت العين وكانت الاستحالة مردها سبب أجنبى لا دخل للدائن أو للمدين فيه، فإن الالتزام لا ينقضى. بل يتحدد محله فى الشىء الآخر .

المبحث الثالث – تعدد طرفى الالتزام

تمهيد وتقسيم :

١٨٠ – كما قد يتعدد محل الالتزام، فيكون تخييرياً، وبدلياً على النحو الذى بسطناه. يمكن أن يتعدد أحد طرفى الالتزام أو طرفاه معاً. ويتخذ تعدد طرفى الالتزام صور عدة : الأولى أن يتعدد طرفا الالتزام أو أحدهما دون تضامن بينهم، كأن يتعدد الدائن أو يتعدد المدين دون تضامن فيما يسمى بالالتزام المشترك ob. Conjointe .

وقد يتعدد طرفا الالتزام أو أحدهما مع قيام التضامن الإيجابى أى بين الدائنين أو السلبى بين المدنيين .

وقد يتعدد الطرفان أو أحدهما دون تضامن ويكون الالتزام غير قابل للانقسام .

ونعرض للمسائل السابقة على النحو الآتى :

الفرع الأول – الالتزام المشترك

١٨١ – لا يكون الالتزام مشتركاً – على ما أشرنا – إلا إذا تعدد الدائنون أو المدينون دون تضامن، وكان الالتزام قابلاً للانقسام وعندها ينقسم بينهم، أى تتعدد الالتزامات، والحقوق بتعدد المدينين وعددهم .

ومصدر الالتزام المشترك، القانون، أو الاتفاق ومثال الأول، حالة وفاة الدائن وانتقال حقه إلى ورثة متعددين. فينقسم الحق بينهم بقدر نصيب كل منهم فى الميراث ومثال الثانى شراء عدة أشخاص لعين على الشيوع، يلتزم كل منهم بجزء من الثمن يعادل نصيبه فى الشيوع .

ويترتب على انقسام الدين بين الأطراف فى الالتزام المشترك، واستقلال كل رابطة عن الأخرى ما يلى : أن دعوى الدائن على أى من المدينين المتعددين لا تكون إلا بقدر نصيب الدائن فى مواجهة المدين .

ب - أن وقف سريان التقادم أو قطعه يظل نسبى على الدائن، وعلى كل مدين على حده .

ج - أن إعذار أحد المدينين نسبى مقصور عليه .

د - أن أسباب البطلان العامة لسبب شخص خاص بأحد المدينين المشتركين مقصورة عليه .

الفرع الثانى – التضامن بين الدائنين

نصوص، تعليق وتقسيم :

١٨٢ - فى خمس مواد من ٢٧٩ إلى ٢٨٣ من القانون المدنى، عرض المشرع للتضامن بين الدائنين. وفى النص الأول تحديد لمصدر التضامن الإيجابى وتنبيه من المشرع بأنه لا يفترض، بل يكون إما بنص، أو بناء على اتفاق .

كما ورد بالمواد التالية أثره فى علاقة الدائنين بالمدين، وفى علاقة الدائنين المتضامنين فيما بينهم .

ونعرض بداية لماهية التضامن بين الدائنين، ثم أثره على التفصيل الآتى:

المحور الأول - ماهية التضامن بين الدائنين :

١٨٣ - المقصود بالتضامن بين الدائنين أن يكون لشخصين أو أكثر ديناً واحداً بحيث يجوز لكل منهم أن يطلب من المدين وفاء الدين بجملته. ويكون للمدين - من ناحية أخرى أن يوفى الدين إلى أى منهم .

والتضـــامن بين الدائنين، مصدرة إما نص القانون، أو اتفاق الأطراف لكنه لا يفترض على حد تعبير المادة ٢٧٩ مدني. ولكن التضامن بين الدائنين قد ينشأ عن طبيعة العقد. كبيع صادر من بائعين متضامنين، بحيث إذا تخلف المدين عن الوفاء بالثمن، كان لهم متضامنين المطالبة بالفسخ .

وفـــى كل الحالات فإن التضامن بين الدائنين لا يسرى على ورثتهم فى الديـــون القابلـــة للتجزئة أو القابلة للانقسام، بحيث أنه إذا توفى أحد الدائنين انقسم الدين بين ورثته [١] .

المحور الثانى – آثار التضامن بين الدائنين :

١٨٤ – طائفـــتان من الآثار للتضامن بين الدائنين : الأول، فى العلاقة بين الدائنين والمدين، والثانية فى علاقة الدائنين المتضامنين فيما بينهم .

أولاً – فى علاقة الدائنين بالمدين :

١٨٥ – نســـارع للتنويه – فى هذا الصدد – بمبادىء ثلاثة لها آثارها تحكم علاقة الدائنين المتضامنين بالمدين : هى وحدة الدين، وتعدد الروابط، والنيابة التبادلية بينهم فيما ينفع لا فيما يضر .

١ – وحدة الدين :

١٨٦ – المقصـــود بوحدة الدين، وجود محل واحد لحق الدائنين المتضامنين جميعاً. وبذا، يكون لأى دائن متضامن مطالبة المدين بكل الدين وللمدين نفسه الوفاء بكامل الدين لأى من الدائنين المتضامنين .

---

[١] ولا نـــرى التوســـع فى التضامن بين الدائنين لندرة حالاته عملاً. حيث فائدته للمدين وحده، فيسهل عليه إبراء ذمته بوفاء الدين كله لأى من الدائنين المتضامنين. بينما يعرض الدائنيـــن للخطـــر، إذا اســـتوفى أحدهـــم الدين كله ثم أعسر قبل أن يوفى لبقية الدائنين المتضـــامنين. ويمكـــن الاستعاضة عنه بحوالة الحق أو الوكالة القضائية. ولمّا كان هدفنا منهج برجمانيكى أو نفعى ينحو للعمل وينأى عن النظر، فنكتفى بإيجازه .

علـــى أنـــه يجـــوز للدائنين أن يمانعوا فى أن يقع الوفاء لأحدهم. فإذا اعـــترض أحد الدائنين وجب على المدين أن يؤدى الالتزام للدائنين مجتمعين أو يـــودع الشيء لحسابهم، فإن قام بالوفاء لأحدهم رغم الاعتراض، فلا تبرأ ذمته قبل باقى الدائنين إلا بقدر حصة الدائن الذى تم الوفاء له .

ويترتـــب علـــى مبدأ وحدة الدين نتيجة أخرى مفادها أنه إذا قام سبب للبطلان مشترك بين الدائنين كان لأى منهم التمسك به .

٢- تعدد الروابط :

١٨٧ - تـــتعدد الروابط التى تربط المدين بكل من الدائنين المتضامنين بقدر تعـــدد هـــؤلاء ويترتب على ذلك نتائج منها : أن براءة ذمة المدين قبل أحد الدائنين بسبب غير الوفاء ليس من شأنه أن يبرىء ذمته قبل باقى الدائنين إلا بقدر حصة الدائن الذى برئت ذمة المدين قبله .

ب - يمكن أن تشوب علاقة المدين بأحد الدائنين المتضامن بعيب لا مثيل له فى علاقته بالدائنين الآخرين .

ج - يمكن أن يلحق العلاقة بين المدين وأحد دائنيه وصف كشرط أو أجل لا مثيل له فى علاقته بالدائنين الآخرين .

٣ - النيابة فيما ينفع، لا فيما يضر :

إلـــى هـــذا أشـــارت المـــادة ٢٨٢ مدنـــى بأنه لا يجوز لأحد الدائنين المتضامنين أن يأتى عملاً من شأنه الأضرار بالدائنين الآخرين .

وبذا، لا يكون للصلح [١]، أو الإبراء من الدين لأحد الدائنين للمدين أثره على الآخرين .

وإذا منح أحد الدائنين مدينه مهلة للسداد، لا تسرى هذه المهلة فى مواجهة الآخرين .

وعلى عكس ذلك، إذا قطع أحد الدائنين التقادم، استفاد منه بقية الدائنين .

المحور الثانى – فى علاقة الدائنين المتضامنين فيما بينهم :

١٨٨ – كل ما يستوفيه أحد الدائنين المتضامنين من الدين يصير من حق الدائنين جميعاً، ويتحاصون فيه. وبذا لا يكون للدائن الموفى له أن يحتفظ بما استوفاه، ولو كان لا يجاوز قدر نصيبه فى الدين .

ويقسم الدين بين الدائنين المتضامنين حصصاً متساوية ما لم يوجد اتفاق على غير ذلك .

الفرع الثالث التضامن بين المدينين

تمهيد وتقسيم :

١٨٩ – فى خمس عشرة مادة بالقانون المدنى عرض المشرع للتضامن بين المدينين بما ينبىء عن أهميته عملاً سواء فى العلاقات المدنية أو فى العلاقات التجارية والتضامن " بين المدينين لا يفترض، وينتج آثاره سواء فى علاقة الدائن بالمدينين المتضامنين، أو فى العلاقة بين المدينين المتضامنين .

---

[١] فى الحالة التى يتضمن فيها الصلح إسقاط الدين، أو سوء مركز الدائن أما إذا تضمن الصلح منفعة للدائنين المتضامنين. كأن ينتهى مثلا إلى إقرار المدين بالحق. استفاد منه بقية الدائنين منه .

أولاً – ماهية التضامن بين المدينين :

١٩٠ – التضامن بين المدينين، وصف يطلق على الفرض الذى يكون فيه كل مدين منهم ملتزماً قبل الدائن بكل الدين بحيث يكون لهذا الدائن مطالبة أى من المدينين المتضامنين بكامل الدين. ويكون لأى من المدينين الوفاء للدائن بكل الدين فتبرأ لذلك ذمته، وذمة كل المدينين الآخرين .

والمهم أنه إذا استوفى الدائن حقه من أحد المدينين، رجع الموفى على بقية المدينين معه كل بقدر نصيبه فى الدين .

ومصدر التضامن بين المدينين الاتفاق أو نص القانون. فهو كالتضامن من بين الدائنين لا يفترض فلا يمتد إلى حالات أخرى .

وقد عثرنا على نصوص عدة تفرض التضامن بين المدينين منها ما جاء بالمادة ١٦٩ مدنى بخصوص التزام المسئولين عن العمل غير المشروع بتعويض المضرور بالتضامن فيما بينهم .

وفى المادة ٦٥١ مدنى أن المهندس المعمارى والمقاول متضامنين فى ضمان سلامة ما شيدوا من مبان أو أقاموا من منشآت ثابتة أخرى .

وفى الفضالة، تجعل المادة ١٩٢/ ٣ الفضولين – إذا تعددوا فى عمل واحد – متضامنين فى المسئولية – وفى المادة ٧١٢ تضامن بين الوكلاء المتعددين .

وقد يكون الاتفاق مصدراً – فى أغلب الحالات للتضامن بين المدينين شريطة أن تكون بنود العقد صريحة فى وجود تضامن بين المدينين أو تدل ضمناً. ولكن بصورة قاطعة على وجوده. فإن قام شك فى تفسير عبارة العقد

غـــير الواضحة أى كانت تقبل التأويل على قيام التضامن وعدم قيامه وجب حملها على نفى التضامن .

ثانياً - آثار التضامن فى العلاقة بين الدائن وبين المدينين :

١٩١ - التضـــامن بيـــن المدينين. كشأن التضامن بين الدائنين تهيمن عليه مـــبادىء ثلاثة لها آثارها هى وحدة الدين، وتعدد الروابط، والنيابة التبادلية فيما ينفع لا فيما يضر .

١ - وحدة الدين :

١٩٢ - المقصـــود بوحدة الدين - على ما قدمنا - أن يكون لالتزام المدينين جميعاً قبل الدائن محل واحد .

وقد تبرأ ذمة المدين الموفى قبل الدائن بالوفاء، أو بما يقوم مقام الوفاء فيترتب تبعاً لذلك آثار عدة وقد ينقضى الالتزام لأسباب أخرى خلاف الوفاء ونعرض للحالتين فيما يلى :

أ - وفاء الدين :

١٩٣ - إذا وفىّ الدين للدائن بالدين كله، تبرأ ذمته وذمة جميع المدينين. كما يكـــون للدائن مطالبة جميع المدينين المتضامنين، أو مطالبة أى منهم بالدين كلـــه والتســـليم بإمكانية رجوع الدائن على أى من المدينين المتضامنين بكل الدين مشروط بمراعاة الأوصاف التى تعدل من الدين فلا يكون له أن يطالب المديـــن، بالتزام تحت شرط واقف، أو مضافاً إلى أجل قبل تحقق الشرط، أو حلول الأجل .

فإن رجع الدائن على واحد من المدينين المتضامنين، كان لهذا المدين أن يطالـــب بإدخـــال بقـــية المدينين فى الدعوى حتى يحكم على كل منهم بقدر

حصته في الدين بل يجوز للمحكمة من تلقاء نفسها إدخال بقية المدينين المتضامنين في الدعوى ويجوز للمدين الذي يطالبه الدائن بالوفاء أن يحتج بأوجه الدفع المشتركة بين المدينين جميعاً، بما في ذلك أسباب البطلان، أو الإبطال، أو انقضاء الدين بالمقاصة شريطة أن تكون أوجه الدفع مشتركة بين المدينين جميعا .

والمعنى أنه لا يجوز للمدين أن يحتج بأوجه الدفع غير المشتركة بين المدينين جميعاً بما في ذلك مثلاً نقص أهلية مدين آخر، أو اقترن أجل مدين آخر بأجل .

والمهم أنه بالوفاء تبرأ ذمة المدين الموفي وتبرأ ذمة بقية المدينين. فإنه إذا انقضى الدين بالنسبة لأحد المدينين قبل الدائن بسبب غير الوفاء لا تبرأ ذمة الباقين إلا بقدر حصة المدين الذي برئت ذمته فيما عدا التحديد على سند بأن التضامن بين المدينين يقوم على تعدد على الروابط. وانقضاء رابطة المدين بالدائن لسبب غير الوفاء لا يقضي على الرابطة بين الدائن وبقية المدينين. وبذا يكون للدائن أن يرجع على المدينين الآخرين مجتمعين أو منفردين .

ب – أسباب الانقضاء الأخرى :

١٩٤ – كالحصان لا يصح أن يتوقف في منتصف النهر، لا نكتفي بالقول أن انقضاء المديونية بغير الوفاء بالنسبة لأحد المدينين لا يبرىء ذمة الباقين إلا بقدر حصة المدين. فأسباب انقضاء الالتزام متعددة، التجديد، والمقاصة والإبراء، والتقادم واتحاد الذمة لكل منها آثارها على النحو الآتي :

١ – التجديد :

١٩٥ – نصت المادة ٢٨٦ مدنى بأنه يترتب على تجديد الدين بين الدائن وأحد المدينين المتضامنين أن تبرأ ذمة باقى المدينين، إلا إذا احتفظ الدائن بحقه قبلهم .

والتجديد، إيجازاً، أن يستبدل الطرفان بالالتزام الأصلى التزاماً جديدا مختلف عنه فى المصدر أو فى المحل، أو فى الأشخاص، بحيث ينقضى به الالتزام الأصلى ويقوم بدلاً منه التزام جديد يختلف عنه .

وبذا، ينقضى بالتجديد الالتزام الأصلى ويقوم بدلاً منه التزام جديد لا تنتقل إليه أوصاف الالتزام الأصلى بما فيها تضامن المدينين .

والمعنى أنه بالتجديد تبرأ ذمة جميع المدينين المتضامنين. وبعبارة أخرى إذا اقتصر الدائن على تجديد الدين مع أحد المدينين تبرأ ذمة بقية المدينين إلا إذا احتفظ الدائن بحقه قبلهم – المادة ٢٨٥ مدنى. وفى هذه الحالة الأخيرة يقتصر التجديد على المدين الذى أجراه معه أى لا ينقضى الدين القديم إلا بالنسبة له، ويظل قائماً فى ذمة باقى المدينين .

٢ – المقاصة :

١٩٦ – لا يجوز للمدين المتضامن أخذاً من المادة ٢٨٧ أن يتمسك بالمقاصة التى تقع بين الدائن ومدين متضامن آخر إلا بقدر حصة هذا المدين والمقاصة ذاتها طريقة من طرق انقضاء الالتزام حيث ينقضى بها التزامين متماثلين بمقدار الأقل منها عندما يصبح المدين دائناً لدائنه إذا توافرت شرائطها الأخرى – المادة ٣٦٢ مدنى .

وحملا للنص الأول على الثانى نرى بأنه إذا انقضى الدين بالمقاصة بين حق الدائن، وأحد المدينين المتضامنين. فإنه لا يرجع بالدين على هذا المدين، ولكـــن يكون له الرجوع على أى مدين متضامن آخر، فلا يجوز لهذا المدين أن يتمسك بهذه المقاصة إلا بقدر حصة المدين الذى وقعت المقاصة معه .

وعليه، إذا التزم (أ) و (ب) و (ج) بدفع مبلغ ٦٠,٠٠٠ جنيه إلى (ص) علـــى وجـــه التضامن بالتساوى، ثم أصبح (أ) دائناً لـــ (ص) بـــ ٧٠,٠٠٠ جنـــيه. فتقع المقاصة بينهما فقط. بحيث لو رجع (ص) على (أ) فإن للأخير أن يدفـــع بانقضاء الدين مقاصة سواء بالنسبة له أو بالنسبة لـــ (ب) و (ج) علـــى أن يرجع (أ) بعد ذلك على (ب) و (ج) كل بقدر نصيبه فى الدين أى بعشرين ألفاً .

أمـــا إذا اختار الدائن (ص) مطالبة (ب) أو (ج) فلا يكون لأى منهما أن يتمســـك بالمقاصة التى وقعت بين (أ) و (ص) إلا بقدر حصة (أ) فى الدين وهـــى ٢٠,٠٠٠ جنـــيه، بحيث يدفع للدائن (ص) ٤٠,٠٠٠ جنيه، ثم يرجع بحصته على (ج) ولا يرجع على (أ) بشىء .

٣ - اتحاد الذمة :

١٩٧ - تقضـــى المـــادة ٢٨٨ مدنى بأنه إذا اتحدت الذمة بين الدائن وأحد مدينـــيه المتضامنين فإن الدين لا ينقضى بالنسبة إلى باقى المدينين إلا بقدر حصة المدين الذى اتحدت ذمته مع الدائن .

ويقع اتحاد الذمة فى صورتين : أن يموت الدائن فيرثه مدينه، أو يموت المدين فيرثه الدائن وحكمهما واحد. وبافتراض أن (أ) و (ب) و (ج) مدينين بالتضـــامن فـــيما بينهم بالوفاء بمبلغ مقداره ٣٠,٠٠٠ جنيه بالتساوى على

(ص) فإذا مات الدائن، وله وارث وصية هو (أ) اتحدت زمتهما فى شخص هذا المدين وله عندئذ الخيار بين اعتبار نفسه مديناً وفىّ بكل الدين عن نفسه وعن بقية المدينين (ب) و (ج) بطريق اتحاد الذمة، ثم يرجع على كل منهما بقـــدر نصيبه فى الدين أى بـــ ١٠,٠٠٠ جنيه. أو بين اعتبار نفسه قد ورث الدائـــن وأصـــبح دائناً مكانه فى الدين التضامنى، وهو خيار ولا شك أفضل حيـــث يمكـــنه مطالبة أى من (ب) و (ج) بالدين بعد استنزال حصته فيه أى بمبلغ ٢٠,٠٠٠ جنيه، ويكون لمن أوفى منهما الرجوع على الآخر بنصيبه .

أمـــا الصـــورة الثانية، وفيها يتوفى المدين فيرثه الدائن، كوارث وحيد. وفـــى هـــذه الحالـــة لا ينـــتقل الديـــن إلى الوارث - أخذاً من فقه الشريعة الإسلامية، وبالتالى لا ينقضى الدين باتحاد الذمة، فلا يكون للدائن مطالبة أى من المدينين المتضامنين الآخرين بأكثر من عشرين ألفاً [١] .

٤ - الإبراء :

١٩٨ - تقضى المادة ٢٨٩ بأنه إذا أبرأ الدائن أحد المدينين المتضامنين، فلا تبرأ ذمة الباقين، إلا إذا صرح الدائن بذلك .

والإبـــراء تصرف قانونى من جانب واحد ينزل به الدائن عن حقه قبل المديـــن بـــلا مقـــابل والدائـــن - من هذه الزاوية - قد يبرىء أحد المدينين المتضامنين من المديونية، أو يبرئه من التضامن .

فإن كان الإبراء من الدين فإن أثر الإبراء يقتصر على علاقة الدائن بهذا المديـــن فقـــط، ويســـتطيع الدائن الرجوع على سائر المدينين الآخرين بعد اســـتنزال حصة المدين الذى أبرأه. ويكون لمن وفى من المدينين أن يرجع

---

[١] بعكس القانون الفرنسى / السنهورى / ص ٣٨١ وما بعدها .

علـــى كل من الباقين بحصته. وإذا وجد المدين. فى رجوعه على زملائه أن أحدهــم معســـر. كان له أن يرجع على المدين الذى أبرأه الدائن بنصيبه فى حصـــة المدين المعسر مالم يتضح أن الدائن قد أخلى المدين الذى أبرأه من كل مسئولية عن الدين فيتحمل الدائن نصيب هذا المدين فى حصة المعسر .

بإيجـــاز إبراء الدائن لأحد المدينين المتضامنين يقتصر على حصة هذا المدين بالنسبة لبقية المدينين .

وثمـــة فرض آخر يبرىء فيه الدائن سائر المدينين المتضامنين، وفيه لا يجوز للدائن بعد ذلك أن يطالب أحداً منهم .

أمـــا الحالـــة الثانية، وفيها يبرىء الدائن أحد المدينين المتضامنين من التضـــامن فقـــط وعـــندها لا يستطيع أن يطالبه إلا بنصيبه فى الدين، ولكنه يســـتطيع أن يطالـــب كـــلاً من المدينين الآخرين بكل الدين، ويكون للموفى الـــرجوع على كل من المدينين الآخرين ومنهم المدين الذى أبرأه الدائن من التضامن بحصته فى الدين، وكذلك بنصيبه فى حصة المعسر منهم .

٥ – التقادم :

١٩٩ – ورد بـــنص المـــادة٢٩٢ مدني أنه إذا انقضى الدين بالتقادم بالنسبة لأحـــد المدينين المتضامنين فلا يستفيد من ذلك باقي المدينين إلا بقدر حصة هذا المدين.

وإذا انقطعـــت مـــدة الـــتقادم أو وقـــف ســـريانه بالنسبة لأحد المدينين المتضامنين فلا يجوز للدائن أن يتمسك بذلك قبل باقى المدينين .

وعلـيه، إذا انقضى الدين بالتقادم بالنسبة لأحد المدينين دون الباقى [١] فــلا يســتطيع الدائــن أن يطالب المدين الذي انقضى دينه بالتقادم لكنه يســتطيع مطالــبة أى مدين آخر بالدين بعد أن يستنزل منه حصة المدين الذي انقضى دينه. ويكون لمن أوفي من الرجوع علي المدين الذى انقضى دينه بالتقادم بنصيبه فى حصة المعسر التى لم يستوفها منه .

ب - النيابة بين المدينين المتضامنين فيما ينفع:

٢٠٠ - يتميز التضامن بين المدينين، بنيابة تبادلية ناقصة فيما ينفع فتسرى مواجهة بقية الدائنين، لا فيما يضر، فلا تنفذ فى حق باقى الدائنين .

وتطبيقاً لذلك نصت المادة ٢٩٦ مدنى على أنه إذا صدر حكم على أحد المدينيــن فــلا يحتج بهذا الحكم على الباقين .. أما إذا صدر الحكم لصالح أحدهــم فيستفيد منه الباقون إلا إذا كان الحكم مبنياً على سبب خاص بالمدين الذي صدر الحكم لصالحه .

وفــى المادة ٢٩٥ مدنى إنه إذا لم يكن للدائن طريقاً للإثبات مقبولاً من حق المدينين المتضامنين كالكتابة أو البينة والقرائن فيما تجوز فيه وأقر أحد المدينين المتضامنين بالدين فلا يسرى هذا الإقرار من حق الباقين .

وإذا تصالح الدائن مع أحد المدينين المتضامنين، وتضمن الصلح الإبراء من الدين أو براءة الذمة منه بأية وسيلة أخرى استفاد منه الباقون أما إذا كان

---

[١] يحــدث ذلك فى حالات عدة منها أن يكون التزام أحد المدينين المتضامنين منجزاً، و بالنســبة إلــى الباقين معلقا على شرط واقف، أو مضافا إلي اجل فيسري التقادم بالنسبة لــلأول فينقضــى لذلك التزامه قبل الآخرين، أو يكون الدائن قد قطع التقادم بالنسبة لأحد المدينين دون الآخرين .

من شأن هذا الصلح أن يرتب فى ذمتهم التزاماً أو يزيد فيما هم فيه ملتزمون به فإنه لا ينفذ فى حقهم إلا إذا قبلوه .

وإذا أعذر الدائن أحد المدينين المتضامنين أو قاضاه فلا يكون لذلك أثر بالنسبة إلى باقى المدينين المتضامنين الدائن، فإن باقى المدينين يستفيدون من هذا الإعذار المادة ٢٩٣/ ٢ .

ولا يكون المدين المتضامن مسئولاً فى تنفيذ الالتزام إلا عن فعله المادة ٢٩٣/ ١.

وأخيراً إذا انقطعت مدة التقادم أو وقف سريانه بالنسبة إلى أحد المدينين المتضامنين فلا يجوز للدائن أن يتمسك بذلك قبل باقى المدينين .

آثار التضامن في العلاقة بين المدينين:

٢٠١ – تتحدد آثار التضامن في علاقة المدينين المتضامنين، بأن الدين ينقسم عليهم و بالتالى يتحدد حق من وفى منهم بالدين للدائن فى الرجوع على الآخرين بقدر حصة كل منهم فى الدين .

وأساس حق المدين المتضامن فى الرجوع على المدينين الآخرين، إما الدعوى الشخصية وإما دعوى الحلول .

والدعوى الشخصية action personnelle بالرجوع أساسها أن المدين الذى أوفى بدين غيره من المدينين المتضامنين إما أن يكون وكيلاً فيرجع بدعوى الوكالة، إذا كان مصدر التضامن هو الاتفاق. وإما أن يكون فضولياً يعمل لمصلحتهم، فيرجع بدعوى الفضالة إذا نشأ التضامن بنص القانون .

وتتميز الدعوى الشخصية بأمرين الأول أنها تعطى المدين الحق فى تقاضى فوائد عما دفعه للدائن زائداً على حصته لحساب المدينين الآخرين من

تاريخ الدفع حتي لو كان الموفى به لا ينتج فوائد .

والأمـــر الثانى أن التقادم لا يسرى على الدعوى الشخصية إلا من وقت وفاء المدين للدائن بالدين .

أمـــا دعـــوى الحلـــول action en subrogation فأساسها أن المدين الموفى يحل محل الدائن فى دعواه آخذاً من المادة ٣٣٦ مدنى .

وعلـــى عكس الدعوى الشخصية، فإن التقادم يسرى فى دعوى الحلول من وقت استحقاق الدين الذى وفاه المدين للدائن .

ومقابل ذلك فإن دعوى الحلول تتميز بأن المدين المتضامن إذا رجع بها تكـــون له التأميـــنات ذاتها التى كانت للدائن بعد أن حل محله إعمالاً للمادة ٣٢٩.

ثانـــياً الالتزام التضامنى ينقسم بين المدينين كل بقدر حصته. بمعنى أن المديـــن الذي وفى بالدين كله أو بعضه لا يمكنه الرجوع غلى مدين آخر إلا بنســـبة حصـــته يســـتوى فى ذلك أن يكون الرجوع بالدعوى الشخصية أو بدعـــوى الحلـــول والقـــاعدة أن الدين إذا وفاة أحد المدينين ينقسم حصصاً متساوية بين الجميع ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضي بذلك .

الفرع الرابع - عدم القابلية للانقسام

٢٠٢ - يكون الالتزام غير قابل للانقسام إذا كان نظراً لطبيعة محله أو طبقاً لاتفـــاق طرفـــيه يســـتحيل على التقسيم بين الدائنين أو المدينين فيه، بعكس الالتزام المشترك .

ولا تتقرر مسألة عدم القابلية للانقسام إلا إذا تعدد أطراف الالتزام .

ومرد عدم قابلية الالتزام للتقسيم إما طبيعة المحل، أو اتفاق الأطراف

فالالـــتزام بالقيام بالعمل يمكن أن يكون غير قابل للانقسام بما في ذلك الالتزام بتسليم مبيع لا يقبل التجزئة من الناحية المادية، كسيارة، أو دراجة ..

وكذا الالتزام بتمكين المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة . غير قابل للانقسام. أما الالتزام بالامتناع عن عمل فهو دائماً غير قابل للانقسام ،بما في ذلك الالتزام بعدم المنافسة، حيث يقع الإخلال به بمجرد العمل المخالف .

وقـــد يـــرجع عـــدم الانقسام إلى الاتفاق، كالالتزام بمبلغ من النقود إذا انصرفت نية المتعاقدين للوفاء بها كاملة .

آثار عدم الانقسام :

٢٠٣ - إذا كـــان الالـــتزام غير قابل للانقسام عند تعدد المدينين، يكون لكل مديـــن الوفـــاء بالدين كاملاً. و بذا يستطيع الدائن أن يطالب أي مدين بالدين كلـــه. وإذا انقضى الالتزام غير قابل للتجزئة قبل أحد المدينين، ينقضي تبعاً لذلك بالنسبة للمدينين الآخرين .

و يكون للمدين الذى وفى بالدين حق الرجوع على المدينين الآخرين كل بقدر حصته ما لم يتبين من الظروف غير ذلك .

فإذا تعدد الدائنين وفيكون لكل دائن أن يطالب بأداء الدين كاملاً ويكون لأى دائن الاعتراض على الوفاء الذى لم يتم لأحد الدائنين .

وعندها يجب على المدين أداء الالتزام للدائنين مجتمعين أو إيداع الشيء محـــل الالتزام على ذمتهم. وإذا انقضى التزام المدين قبل الدائن لسبب غير الوفـــاء بمـــا في ذلك الإبراء أو التجديد الذى يصدر منه، فلا يجنح به على الدائنين الآخرين إلا بقدر حصة الدائن الذى تعلق به ذلك السبب .

الفصل الثالث - انتقال الالتزام

تمهيد و تقسيم

٢٠٤ - المقصـــود بانتقال الالتزام حلول شخص جديد محل الدائن أو محل المدين مع بقاء الالتزام نفسه دون تغيير. بحيث إذا تغير الدائن يكون له نفس الحق القديم، وإن تغير المدين التزم بذات الدين وبعبارة أخرى فى التعبير فى انتقال الالتزام لا يلحق سوى أحد طرفيه .

وينـــتقل الالـــتزام - بالمعـــنى الذى بسطناه - بالوفاة، أو بين الأحياء ويخضع فى انتقاله بالوفاة لقواعد الميراث أو الوصية ولا نعرض لها .

وينـــتقل بيـــن الأحـــياء إيجابـــياً بما يسمى حوالة الحق cession de creance وسلبياً فيما يعرف بحوالة الدين cession de dette .

ونـــوزع دراستنا - على مطلبين : الأول فى حوالة الحق، والثانى فى حوالة الدين .

المطلب الأول - حوالة الحق

نصوص قانونية. تعليق و تقسيم :

٢٠٥ - اثنتا عشر مادة بالقانون المدنى يختص بها المشرع حوالة الحق. بما يؤكد أهميتها عملاً. و تبدأ نصوص حوالة الحق بتعريفها المادة ٣٠٣ على إنهـا عقد بين المحيل والمحال له بما يستتبع بالضرورة لوجودها، وصحتها توافر أركان العقود وشرائط صحتها .

وفـى المادتيـن ٣٠٣ و ٣٠٤ حقوق لا تجوز حوالتها وقد يرجع ذلك لـنص فـى القانون أو باتفاق المتعاقدين أو لطبيعة الالتزام، أو بالنسبة إلى الحقوق غير القابلة للحجز .

وفـى المواد ٣٠٥ تحديد لشرائط نفاذ الحوالة فى حق المدين وفى حق الغير أورد المشرع تطبيقاً على ذلك بنص المادة ٣١٣ و آثار الحوالة بالمادة ٣٠٧ .

ومـا بعدهـا وهـى انتقال الحق المحال به من المحيل إلى المحال له، والتزام المحيل بالضمان .

ومـن جانبـنا، نعرض لمعنى حوالة الحق، و شرائط انعقادها ونفاذها، وأخيراً لآثار حوالة الحق .

الفرع الأول - ماهية حوالة الحق

٢٠٦ - لـم يرد بنصوص حوالة الحق على تعددها تعريف لها، والتعريف علـى أيـة حال ليس من عمل المشرع. لكنها عقد ينقل الدائن بمقتضاه حقه الشخصـى إلـى دائن أخر يحل محله فى اقتضاء الحق من المدين. ويسمى

الدائـــن الأصـــلي محـــيلا cédent, والدائـــن الجديـــد يســـمى المحـــال له céssionnaire، أما المدين فيسمى بالمحال عليه cédé .

وبيـــن المحيل والمحال له والمحال عليه تبدو حوالة الحق علاقة ثلاثية الأطراف لكن دور المحال عليه فيها سلبى فلا يتطلب المشرع رضاءه على الاتفـــاق ويعتبر غيرا فيها [١]. وتتم عملاً لأغراض شتى منها أن يكون حق الدائن المحيل مؤجلاً ويكون في حاجة إلى أموال عاجلة فيلجأ إلى حوالة حقه المؤجـــل إلـــى أخر فى نظير مال معجل أقل من قيمة الحق المحال والمحال إليه فى هذا الفرض – يقوم بعمل من أعمال الاستثمار .

وفى فرض آخر، تبدو حوالة الحق كأنها مضاربة. فقد لا يكون الدائن على ثقة من الحصول على حقه بالكامل من المدين المتعنت. فيبيع حقه بثمن أقـــل من قيمته إلى شخص مضارب يؤمل فى اقتضاء الحق بالكامل من هذا المدين، و بذا يحقق ربحاً و يقوم بعمل من أعمال المضاربة .

وفـــى فـــرض ثالث، قد نرى فى حوالة الحق، وفاءً بمقابل، عندما تتم الحوالة قضاء لدين فى ذمة المحيل قبل المحال له .

والحوالة فى الفروض السابقة تتم بعوض، لكنها يمكن أن تتم تبرعاً أى ينزل المحيل عن حقه إلى المحال له بدون مقابل، وإذا كانت تبرعاً يجب أن تتوافر لها الرسمية فى عقود التبرع .

---

[١] ومـــبرر عـــدم اشـــتراط رضاء المدين إن انتقال الحق من المحيل الي المحال له لا يضـــره، إذ يســـتوى لديه أن يطالبه المحيل بالحق، أو أن يطالبه المحال له وسوف نرى عكـــس ذلك في حوالة الدين فتغير شخص المدين فيها يمكن أن يصيب الدائن بالضرر وفـــى الفرنسية أن قيمة الدين تتحدد بقيمة المدين la créance vaut ce que vaut le debiteur

الفرع الثانى - شروط انعقاد الحوالة و نفاذها

تحديد:

٢٠٧ - فـــرق المشرع فى حوالة الحق بين شروط انعقادها وشروط نفاذها ومبرر شرائط الانعقاد أن حوالة الحق عقد بين المحيل، والمحال له يجب أن تتوافر له أركان انعقاد العقد وشرائط صحته .

وإذا كـــان الأصل أن جميع الحقوق الشخصية تقبل الحوالة فقد استثنى المشرع من ذلك عدم قابلية بعض الحقوق للانتقال بطريقة الحوالة، أما لنص فى القانون، أو لاتفاق الطرفين أو لطبيعة الالتزام .

ولا يكفــى فى حوالة الحق اكتمال شرائط انعقادها، بل ينبغى أن تكون نافذة فى مواجهة المدين و الغير .

وبين شرائط الانعقاد والنفاذ نوزع دراستنا على محورين :

المحور الأول - شروط انعقاد الحوالة :

٢٠٨ - حوالـــة الحق - فيما أشرنا - عقد بين المحيل والمحال له، يخضع مـــن هـــذه الـــزاوية - لأركان العقد وعناصر صحته مع مراعاة أن بعض الحقوق لا تقبل الانتقال بطريقة الحوالة على التفصيل الآتى :

أولاً - حوالة الحق. عقد :

٢٠٩ - بالنظر لان حوالة الحق عقد بين المحيل والمحال له على ما أشرنا، فيجب أن تتوافر لها أركان العقود وشرائط صحتها : فيما يتعلق بالتراضى، يشـــرط رضـــاء طرفيها وهما المحيل والمحال له. أما المدين فدوره سلبى وليس طرفاً فى الحوالة ولا يشترط لقيامها الحصول على رضاه .

كـــذا، يجب أن يكون الرضا غير مشوب بعيب من عيوب الإرادة، وأن يكون صادراً من غير كامل الأهلية .

فـــان كانـــت الحوالة هبة فإنها لا تنعقد إلا إذا كانت رسمية كذا لا تقوم الحوالة إلا إذا كان لها سبب مشروع .

أما محل الحوالة، وهو الحق المحال، فان جميع الحقوق الشخصية تجوز حوالـــتها ســـواء كـــان مـــبلغاً من النقود، أو التزام بعمل [1] أو بامتناع عن العمل[2] .

ثانياً - حقوق لا تجوز حوالتها :

٢١٠ - إذا كان الأصل - فيما رأينا - قابلية الحقوق الشخصية لحوالة الحق فقد استثنى المشرع من ذلك بعض الحقوق لاعتبارات خاصة. بنص القانون، أو بناء على اتفاق المتعاقدين، أو لطبيعة الالتزام .

أ - فـــثمة حقـــوق لا تقبل الحوالة بنص القانون بما فى ذلك الحقوق التى لا تقـــبل الحجز عليها. بما فى ذلك الأجور والمرتبات إلا بمقدار الربع. وعند التزاحم يخصص النصف لوفاء دين النفقة المقررة والنصف الآخر لما عداه مـــن الديـــون. والحق الذى لا يقبل الحجز على جزء منه، يمكن حوالة من الجزء الآخر .

كمـــا لا يجـــوز الحجز، و بالتالي الحوالة على ما يحكم به القضاء من المبالغ المقررة أو المرتبة مؤقتاً للنفقة أو للصرف منها فى غرض معين ولا

---

[1] بما في ذلك التنازل عن الإيجار .

[2] وكقيود البناء مثلا .

على الأموال الموهوبة أو الموصي بها لتكون نفقة إلا بقدر الربع وفاء لدين نفقة مقررة .

ب – وثمـة حقـوق أخرى نص القانون على عدم قابليتها للحوالة لاتصالها اتصالاً وثيقاً بشخص الدائن بما فى ذلك ما ورد فى المادة ٦٧٩ مدني بأنه لا يجوز للمستعير دون إذن المعير أن ينزل عن الاستعمال للغير ولو على سبيل التبرع .

وتوجد حقوق أخرى لا تقبل الحوالة بالنسبة لطائفة معينة من الأشخاص منها أنه لا يجوز للمدين ولا للقضاة الذين نظروا بأى وجه من الوجوه منها إجراءات التنفيذ أو المسائل المتفرعة عنها، ولا للمحامين أو لو كان الوكلاء عمـن يباشـر الإجراءات أو المدين أن يتقدموا للمزايدة بأنفسهم أو بطريق تسخير غيرهم وإلا كان البيع باطلاً. على ما ورد بقانون المرافعات .

عدم قابلية الحق الحوالة لطبيعة الالتزام :

٢١١ – إذا كان الحق متصلاً بشخص المدين، أو روعينا فيه شخصيته، فلا يمكن مما هذه الحوالة حوالته، بما فى ذلك حق الشريك فى شركة الأشخاص حـق المزارع فى المزارعة، وحق المستأجر أحياناً فى عقد الإيجار، وحق الدائن فى النفقة، وحق الدائن فى التعويض عن الضرر الأدبى .....

عدم قابلية الحق الحوالة بناء علي اتفاق:

٢١٢ – إذا اتفـق الدائن والمدين على عدم قابلية الحق للحوالة، التزم الدائن باتفاقـه فلا يكون له حق لدى المدين. وتفريعاً على ذلك، فإن الناقل يشترط عـادةً علـى الراكـب عدم جواز النزول عن التذكرة إلى الغير. و يشترط المؤجر على المستأجر عدم النزول عن الإيجار لغيره .

المحور الثانى - نفاذ الحوالة فى حق المدين وفى حق الغير :

٢١٣ - تقضـى المادة ٣٠٥ مدني بان الحوالة لا تكون نافذة قبل المدين أو قـبل الغير إلا إذا قبلها المدين أو أعلن بها. على أن نفاذها قبل الغير بقبول المدين يستلزم أن يكون هذا القبول ثابت التاريخ .

والمقصـود بـنفاذ الحوالة إمكانية الاحتجاج بآثارها. وفى النص أنه لا يحـتج بالحوالـة فى مواجهة المدين، والغير إلا بإحدى الوسيلتين : إعلان المدين بالحوالة، أو قبوله لها .

وإعـلان المديـن أو قـبولة شـرط منطقى لنفاذ الحوالة. إذ ليس من المعقول أن نسأل المدين إذا أوفى إلى الدائن القديم بدلاً من الدائن الجديد بينما لم يتم إحاطته علماً بالحوالة .

كـذا فإن الدين المحال قد يكون محلاً لحقوق أخرى بما فى ذلك الحجز أو الرهـن أو حتي حوالة جديدة وعندها يجب أن يرتب القانون إجراءً معيناً للمفاضلة بين أصحاب هذه الحقوق أى الدائن الحاجز، أو الدائن المرتهن أو المحال له، سابقاً وبين المحال له لاحقاً .

ونعرض بداية لنفاذ الحوالة قبل المدين، ثم فى مواجهة الغير .

أولاً - نفاذ الحوالة قبل المدين :

٢١٤ - قدمـنا بان الحوالة تكون نافذة قبل المدين إما بإعلانه بها، أو بقبوله لهـا. والإعـلان ورقة رسمية من أوراق المحضرين ينبه فيها على المدين بحصول الحوالة. و يكون الإعلان أما بناء على طلب المحيل أو المحال له .

أما إذا كان المدين قد قبل الحوالة، فان القبول يغنى عن الإعلان. وقد يتم القبول وقت انعقاد الحوالة أو بعده ولا عبرة بالقبول السابق .

ونلفت النظر بان قبول المدين للحوالة شرط لنفاذها فى مواجهته إنما أنه لا يترتب على هذا الشرط أن يصبح المدين طرفاً فى الحوالة بل يظل أجنبياً عنها .

وإذا كان المشرع رسم الإعلان أو القبول إجراء لنفاذ الحوالة في مواجهة المديــن . فهل آثارها كذلك واحدة ؟ والإجابة بالنفى فقد رتب المشرع على قبول الحوالة نتائج أبعد مدى، وأوسع نطاقاً من الإعلان، فنصت المادة ٣٦٨ مدنى فانه إذا حول الدائن حقه وقبل المدين الحوالة دون تحفظ فلا يجوز لهذا المديــن أن يتمسك بها قبل قبوله الحوالة ولا يكون له إلا الرجوع بحقه على المحيل .

أمـــا إذا كـــان المديـــن لم يقبل الحوالة، ولكنه أعلن بها فلا تمنعه هذه الحوالة من أن يتمسك بالمقاصة .

وفـــيما عـــدا ذلـــك فإنه بعلم المدين بالحوالة بالإعلان أو بالقبول يلتزم بالوفاء للمحال له فى الحدود التى كان ملزماً فيها تجاه المحيل .

أى أن قبول المدين بالحوالة لا يسقط حقه فى التمسك بالدفوع التى كانت له قبل المحيل فى مواجهة المحال له. و يستثنى من ذلك بنص صريح الدفع بالمقاصة. ذلك أن قبول المدين الحوالة يمنعه من التمسك بها إذا كان القبول قد صدر بدون تحفظ .

وقـــبول المدين للحوالة يجعلها نافذة قبله حتي ولو كان القبول غير ثابت الـــتاريخ ثـــبوتاً رسمياً ولا يشترط ثبوت التاريخ أخذاً من القواعد العامة إلا للاحتجاج بالقبول فى مواجهة غير المدين .

فان تخلف إعلان المدين أو قبوله لا تكون الحوالة نافذة قبله، ولا يكون مسئولاً عن الوفاء للمحال له - فى هذا الفرض - الرجوع على الدائن الأصلى الذى اقتضي الدين رغم علمه بالحوالة .

ثانياً - نفاذ الحوالة قبل الغير :

٢١٥ - الحوالة نافذة فى مواجهة الغير، إذا أعلن المدين بها أو قبلها قبولاً ثابت التاريخ ثبوتاً رسمياً إذ القاعدة العامة أنه يشترط ثبوت التاريخ ثبوتاً رسمياً للاحتجاج بتاريخ المحرر فى مواجهة غير من صدر منه المحرر .

ويظل التساؤل قائماً عن معنى الغير فى نفاذ الحوالة ؟ . و الإجابة أنه كل شخص كسب حقاً من جهة المحيل على الحق المحال به يتعارض مع حق المحال له. بما في ذلك مثلاً الدائن المرتهن للحق المحال به ودائن المحيل الذى أوقع حجزاً تحت يد المدين، والمحال له الثانى .... وغير هؤلاء .

فإذا تزاحم الغير مع المحال له. كانت الأولوية للأخير إذا كان تاريخ نفاذ الحوالة سابقاً على تاريخ قيد الرهن، أو توقيع الحجز، أو تاريخ نفاذ الحوالة الثانية .

وتطبيقاً لذلك نصت المادة ٣١٣ مدنى بأنه إذا تعددت الحوالة بحق واحد فضلت الحوالة التى تصبح قبل غيرها نافذة فى حق الغير [١] .

فإذا انتهينا بأن نفاذ الحوالة قبل المدين والغير على ما سلف فيبقى التنويه بوجود إجراءات خاصة رسمها المشرع لحوالة بعض الحقوق فهناك

---

[١] وفى الحجز. انظر المادة ٣١٤ مدنى .

بداية الأوراق التجارية بما فيها الكمبيالة والسند الإذنى والشيك الإذنى وتكون نـــافذة فـــى مواجهة الغير عن طريق التظهير. أى بأن يضع صاحب السند توقــيعه على ظهره. بينما يكون السند الإذنى نافذاً حوالة فى مواجهة الغير بالتسليم المادى .

أمـــا الأوراق المالية الاسمية، وهى السند الاسمى، أو السهم الاسمى أى المقيد باسم شخص معين. فإن حوالتها لا تكون نافذة فى مواجهة الغير إلا إذا قيدت الحوالة فى سجل خاص يحتفظ به المدين، وهو عادة شركة متخصصة.

أمـــا حوالة أجرة العقارات غير المستحقة أن الحوالة بالأجرة مقدماً لا تكـــون نافذة في مواجهة الغير إلا بشرطين : أن تزيد الأجرة عن سنة، وأن تسجل الحوالة .

الفرع الثالث - آثار حوالة الحق

تحديد :

٢١٦ - تنـــتج الحوالـــة أثرها على ما قدمنا بين المحيل والمحال له بمجرد الاتفاق. كما تنتج أثرها قبل الغير متى قبلها المدين أو أعلن بها .

وقـــد ينصـــرف الذهن بأن آثار الحوالة تندمج بالحق بالمحال به فتكون آثارهـــا هى آثار البيع عندما تكون الحوالة بيعاً للحق أو آثار الهبة إذا كانت الحوالة هبة، وعندما تكون وفاء بمقابل تكون آثارها هى آثار الوفاء بمقابل .

ولـــيس قصـــدنا تناول آثار الحوالة على النحو السابق بل تحديد آثارها بصرف النظر عن العلاقة الأساسية التى تعتبر مصدراً للحوالة .

وفـــى الحوالة نوعين من الآثار : الأولى أن يصبح المحال له دائناً بدلاً من المحيل - والثانية، أن يلتزم المحيل بالضمان، إذا كانت الحوالة بعوض .

المحور الأول – المحال له دائن بدلاً من المحيل :

٢١٧ – بالحوالـــة يصبح المحال له دائنا بدلاً من المحيل دون أن يطرأ على الحـــق المحـــال به أى تغيير ولمّا كان المحال له يحل نفس المركز القانونى للمحـــيل فإن الالتزام لا ينقضى. وإنما يصبح المحال له دائناً بنفس الالتزام الذى كان المحيل دائناً به .

ويتفرع على ذلك انتقال الحق إلى المحال إليه نفسه، وتوابعه التى كانت له عند المحيل، وعلى الأخص الضمانات التى له. لذا ورد بنص المادة ٣٠٧ مدنـــى بـــأن الحوالة تشمل الحق وضماناته كالكفالة، والامتياز والرهن كما تعتبر شاملة لما حل من فوائد وأقساط .

وينتقل الحق المحال به فيما بين المتعاقدين من وقت انعقاد الحوالة. أما بالنســـبة للمديـــن المحال عليه فلا ينتقل الحق إلا من وقت نفاذ الحوالة فى مواجهته .

أولاً – انتقال الحق المحال به بتوابعه، وصفاته :

قدمـــنا بـــأن الحق ينتقل إلى المحال له بجميع صفاته، وتوابعه، وعلى الأخص ضماناته .

ومعنى انتقال الحق بصفاته، أن يكون مثلاً تجارياً، أو ثابتاً فى سند إذنى فينتقل على هيئته .

وينـــتقل الحق بكل توابعه فتشمل الحوالة ما حل من فوائد أو أقساط لم يكن الدائن المحيل قد قبضها بعد .

وينـــتقل الحـــق بكـــل ضماناته سواء كانت شخصية كالكفالة أو عينية كامتـــياز أو رهـــن وننبه بأنه إذا كان الدين مضموناً بتأمين عينى عقارى،

كرهـن عقـارى مثلاً فإنه يجب قيد الحوالة حتى يحتج بانتقال التأمين على الغير .

وينـتقل الحق إلى المحال له من المحيل بالدعاوى التى تحميه أو تؤكده بوصـفها مـن توابع الحق. بما فى ذلك دعوى الفسخ أى أنه إذا حول البائع الثمـن، ولـم يقـم المشترى بالوفاء به إلى المحال له، كان للأخير أن يرفع دعوى فسخ البيع ضد المشترى. فإذا حكم له بفسخ العقد، استرد المحال له لا المحيل الشىء المبيع .

وأخـيراً فإن من توابع انتقال الحق إلى المحال له التزام المحيل بتسليم سند الدين وكل ما يمكنه من إثبات الحق المحال، والمطالبة به .

ومقابل ذلك يكون للمدين أن يتمسك قبل المحال له بالدفوع التى كان له أن يتمسك بها قبل المحيل وقت نفاذ الحوالة فى حقه، كما يجوز له أن يتمسك بالدفوع المستمدة من عقد الحوالة – المادة ٣١٢. ولذا يكون للمدين أن يدفع فـى مواجهة المحال له مثلاً ببطلان الحق. أو بانقضائه بالتقادم شريطة أن تنشأ هذه الدفوع قبل نفاذ الحوالة على ما سنرى حالاً .

ثانياً – وقت انتقال الحق المحال به :

٢١٨ – يتعين فى تحديد وقت انتقال الحق المحال به التفرقة بين المتعاقدين وبين المدين المحال عليه والغير .

ففيما بين المتعاقدين ينتقل الحق المحال به من يوم انعقاد الحوالة. بمعنى أنه بمجرد انعقاد الحوالة يمتنع على المحيل استيفاء الدين، ولا التصرف فيه بأى نوع من التصرفات، وإذا استوفى الدين وجب عليه رده إلى المحال له. وإذا تصـرف فـيه عد مسئولاً بمقتضى التزامه بالضمان إذا كانت الحوالة

بعــوض – المــادة ٣٠٨ مدنى وللمحال له – بمجرد انعقاد الحوالة – اتخاذ الإجراءات التحفظية للمحافظة على حقه كأن يقطع التقادم، أو يقيد الرهن أو يجدد القيد ونحو ذلك .

أما بالنسبة للمدين المحال عليه فلا ينتقل الحق إلا من وقت نفاذ الحوالة فى مواجهته. ولا تكون الحوالة – فيما أسلفنا – نافذة قبل المحال عليه إلا من وقت قبولها أو إعلانها. وقبل ذلك فالدائن فى نظر المحال عليه هو المحيل لا المحــال له. فإن أوفى بالدين إلى المحيل بوصفه الدائن الأصلى برئت ذمته وكــان الوفــاء صــحيحاً. ولا يكون للمحال له – بأى حال – الرجوع على المحال عليه .

وعلــى عكس ذلك، بعد إعلان الحوالة، أو قبول المدين لها، لا يكون له الوفــاء إلى المحيل، ولا تبرأ ذمته لذلك، فيتعين عليه الوفاء مرة أخرى إلى المحال له .

وإذا نشأ للمحال عليه دفع قبل نفاذ الحوالة فى مواجهته كان له التمسك بــه فى مواجهة المحال له. أما الدفوع التى تنشأ بعد نفاذ الحوالة فلا يجوز للمحال عليه أن يدفع بها فى مواجهة المحال له. فإذا أصبح المحال عليه مثلاً دائــناً للمحيل بعد نفاذ الحوالة، فلا يكون للمحال عليه أن يدفع بالمقاصة فى مواجهة المحال له. أما إذا كان حق المحال عليه قد نشأ فى ذمة المحيل قبل نفــاذ الحوالــة، كــان للمحال عليه أن يدفع بالمقاصة فى مواجهة المحال له ويجب – فى هذا الخصوص التفرقة بين فرضين الأول أن يحول الدائن حقه للغير ويقبل المدين الحوالة بدون تحفظ. وعندها لا يجوز للمدين المحال عليه أن يتمســك قــبل المحال له بالمقاصة التى كان له أن يتمسك بها قبل قبوله الحوالــة – المــادة ٣٦٨/ ١ مدنــى. على سند بأن المحال عليه – وقد قبل

الحوالـــة بلا تحفظ يكون قد تنازل عن حقه فى التمسك بالمقاصة [١] بعد أن توافرت شروطها .

والفـــرض الثانى، أن تصبح الحوالة نافذة قبل المحال عليه بإعلانه بها. وفى هذا الفرض يجوز للمحال عليه أن يتمسك بالمقاصة فى مواجهة المحال لـــه اعتباراً بأن الإعلان عمل من جانب واحد لا يترتب عليه افتراض نزول المدين عن حقه فى التمسك بالمقاصة، لذا لا يتعين منعه من أن يتمسك بها .

أما بالنسبة للغير، فلا ينتقل الحق المحال به إلى المحال له إلا من وقت نفـــاذ الحوالـــة قبل الغير. ويكون ذلك من وقت إعلانها، أو من وقت قبول المدين لها قبولاً ثابت التاريخ ثبوتاً رسمياً. والمعنى أنه إذا أحال الدائن حقه مرتين فالعبرة لا تكون بتاريخ انعقاد الحوالة، بل بتاريخ إعلانها إلى المدين أو قبولـــه لها قبولاً ذا تاريخ ثابت بوجه رسمى. ويستثنى من ذلك أن تنعقد الحوالة الثانية بالغش والتواطؤ بين المحيل والمحال له وأضراراً بالمحال له الأول. وفى هذا الفرض لا ينتقل الحق المحال به إلى المحال له الثانى حتى ولو كانت الحوالة نافذة فى مواجهة المحال له الأول إعمالاً لقاعدة الغش يفسد كل شىء .

وإذا وقع تحت يد المحال عليه حجز قبل أن تصبح الحوالة نافذة فى حق الغير كانت الحوالة بالنسبة إلى الحاجز بمثابة حجز آخر ... وفى هذه الحالة إذا وقـــع حجز آخر بعد أن أصبحت الحوالة نافذة فى حق الغير، فإن المدين يقسم بين الحاجز المتقدم والمحال له والحاجز المتأخر قسمة غرماء على أن

---

(١) والنزول عن الحق فى التمسك بالمقاصة لا يجوز أن يتم أضرارا بالغير. الذى يكون قد اكتسب حقوقا على المحال به .

يؤخــذ مــن حصة الحاجز المتأخر ما يستكمل به المحال له قيمة الحوالة – المادة ٣١٤ .

المحور الثانى – التزام المحيل بالضمان :

نصوص قانونية. تقسيم :

٢١٩ – تقضــى المادة ٣٠٨ مدنى بأنه إذا كانت الحوالة بعوض فلا يضمن المحــيل إلا وجــود الحق المحال به وقت الحوالة، ما لم يوجد اتفاق يقضى بغير ذلك .

أما إذا كانت الحوالة بغير عوض فلا يكون المحيل ضامناً حتى لوجود الحــق وتنص المادة ٣٠٩ بأن " المحيل لا يضمن يسار المدين إلا إذا وجد اتفــاق خــاص علــى هــذا الضمان ". وإذا ضمن المحيل يسار المدين فلا ينصرف هذا الضمان إلا إلى اليسار وقت الحوالة ما لم يتفق على غير ذلك .

وفــى المــادة ٣١٠ أنه إذا رجع المحال له بالضمان على المحيل طبقاً للمادتيــن الســابقتين فــلا يلتزم المحيل إلا برد ما استولى عليه مع الفوائد والمصروفات ولو وجد اتفاق يقضى بغير ذلك .

ومــن النصــوص المذكورة نخلص إلى نتائج أربع هى : أن المحيل لا يضــمن إلا إذا كانت الحوالة بعوض. وأن الضمان لا ينصب إلا على وجود الحــق فــلا يشــمل يسار المدين وبفرض الاتفاق على ضمان المحيل يسار المدين، فإن الضمان لا ينصرف إلا اليسار وقت الحوالة .

وأخيراً، فإن الرجوع بالضمان على المحيل لا يكون إلا برد ما استولى عليه مع الفوائد والمصروفات .

أ – لا ضمان فى الحوالة المجانية :

٢٢٠ – القاعدة أن المحيل لا يلتزم بالضمان إلا إذا كانت الحوالة بعوض، فإن كانت مجانية فلا ضمان على المحيل أخذاً من قاعدة أن المتبرع غير ضامن.

فإذا كانت الحوالة قد وقعت تبرعاً لم يكن للمحال له أن يرجع على المحيل سواء تعذر عليه استيفاء الحق بسبب إعسار المحال عليه أو كان الحق ذاته غير موجود أو غير صحيح .

ب – يلتزم المحيل – بضمان وجود الحق :

٢٢١ – يلتزم المحيل – بضمان وجود الحق veritas nominis لدى المحال عليه أى يضمن للمحال له بأنه دائن للمحال عليه بالحق المحال به لكنه لا يضمن يسار المدين bonitas nominis .

كما أن الضمان القانونى لوجود الحق يقتصر على وقت الحوالة، بمعنى أنه إذا كان الحق المحال به موجوداً وقت الحوالة، لكنه بعد انتقاله إلى المحال له سقط بالتقادم لم يكن المحيل مسئولاً .

وغنى عن البيان أن ضمان المحيل للحق المحال به يشمل توابع الحق وعلى الأخص ضماناته. ووقت ضمان ضمانات الحق هو ذاته وقت ضمان وجود هذا الحق يقتصر على وقت الحوالة. بمعنى أنه إذا قام المحيل بحوالة حق مضمون برهن إلى المحال له، فإنه يضمن للأخير، وجود الحق ورهنه وقت الحوالة، فإذا انقضى الرهن بعد ذلك لا يكون المحيل مسئولاً .

وضمان وجود الحق وتوابعه ليس من النظام العام، إذ يمكن بالاتفاق التخفيف منه فيمكن الاتفاق على عدم التزام المحيل بضمان وجود الحق أو عدم التزامه بضمان توابع الحق .

ج – ضمان اليسار وقت الحوالة :

٢٢٢ – يجوز للمحيل والمحال له الاتفاق على تشديد الضمان أى بأن يضمن المحيل مثلاً وجود الحق ويسار المحال عليه. لكن الضمان فى هذه الحالة لا تشمل سوى يسار المحال عليه وقت الحوالة وليس بعدها. وذلك ما لم يصرح فى العقد أن المحيل ضامن يسار المدين حتى اقتضاء المحال له قيمة الحق المحال به .

د – الرجوع بالضمان على المحيل لا يكون إلا برد ما استولى عليه مع الفوائد والمصروفات :

٢٢٣ – إذا انتهينا بأن المحيل ضامن لوجود الدين وقت الحوالة، وضامن كذلك بناء على اتفاق ليسار المدين فى الحال وفى المستقبل. فإن المحال له لا يستطيع – فى الحالتين – الرجوع على المحيل عند تحقق سبب الضمان إلا برد ما استولى عليه هذا الأخير مع الفوائد والمصروفات فلا يرد المحيل إلا مقدار ما دفعه المحال له، فلا يجوز الاتفاق على أن يرد المحيل مبلغاً يزيد على المبلغ الذى دفعه المحال له .

كما يلتزم المحيل برد فوائد ما دفعه المحال له إليه، وكذا مصروفات الحوالة، ومصروفات دعوى المحال له على المحال عليه، ومصروفات دعوى المحال له على المحيل دعوى الضمان .

والالتزام بالرد على ما أسلفنا – من النظام العام لا يجوز الاتفاق على خلافه .

المطلب الثانى - حوالة الدين

تمهيد وتقسيم :

٢٢٤ - بالمواد ٣١٥ إلى ٣٢٢ من القانون المدنى عرض المشرع لحوالة الدين، وحدد على وجه الخصوص صور انعقادها سواء بالاتفاق بين المدين الأصلى والمحال عليه، أو فى اتفاق الدائن والمحال عليه، وبين آثارها فى علاقة الدائن بالمحال عليه، أو فى علاقة المدين الأصلى بالدائن أو فى علاقة المدين الأصلى بالمحال عليه .

ونعرض بداية لانعقاد حوالة الدين ثم لآثارها .

أولاً - انعقاد حوالة الدين :

٢٢٥ - المقصود بحوالة الدين cession de dette انتقال دين المدين إلى غيره بحيث يحل محله فى الدين نفسه بجميع مقوماته. فنرى في حوالة الدين علاقة ثلاثية الأطراف من الدائن والمدين الأصلى، والمحال عليه. وتتم حوالة الدين بإحدى طريقتين : أما باتفاق بين المدين وشخص آخر يتحمل عنه الدين، وإما باتفاق بين الدائن وشخص آخر يتحمل الدين عن المدين وإلى الصورة الأولى نصت المادة ٣١٥ مدنى بأنه تتم حوالة الدين باتفاق بين المدين وشخص آخر يتحمل عنه الدين. وفى الصورة الثانية ورد نص المادة ٣٢١ بأنه يجوز أيضاً أن تتم حوالة الدين باتفاق بين الدائن والمحال عليه يتقرر فيه أن هذا يحل محل المدين الأصلى فى التزامه .

١ - انعقاد الحوالة باتفاق بين المدين الأصلى والمحال عليه :

٢٢٦ - فى الأغلب، تتم حوالة الدين باتفاق بين المدين الأصلى وبين شخص آخر يحل محله فى الدين. ولا يمكن أن تتم الحوالة - على هذا النحو - بدون

تدخـل الدائـن ذلـك أن حوالة الدين بما يترتب عليها من تغيير المدين أمر خطير للدائن فشخصية المدين ذات اعتبار للدائن، من حيث اليسار أو الملاءة والحـرص على وفاء الديون ... الخ لذا، لا ترتب الحوالة أثرها فى مواجهة الدائن وفيما بين طرفيها " المدين الأصلى والمحال عليه إلا بإقرار الدائن فإن لـم يقـرها كانـت باطلة وكأنها لم تكن nul et nul effet حتى فيما بين طرفيها.

وقد يشترط إقرار الدائن للحوالة فقط بقصد نفاذها فى حقه، بحيث إذا لم يقرها لا تكون نافذة في حقه، لكنها تكون نافذة فيما بين المتعاقدين .

أمـا إذا لم يحدد الدائن موقفه من الحوالة إقراراً أو رفضاً كان المحال عليه ملتزماً قبل المدين الأصلى بالوفاء للدائن في الوقت المناسب ما لم يوجد اتفاق بغير ذلك، ويسرى هذا الحكم ولو رفض الدائن الحوالة .

وبذا، إذا رفض الدائن إقرار الحوالة. فإن المحال عليه يظل مرتبطاً بعقد الحوالة فى علاقته بالمدين – فيكون ملزماً بالوفاء للدائن إذا طلب المدين إليه ذلك، بحيث إن تخلف عن الوفاء كان مسئولاً بالتعويض .

وإقـرار الدائـن للحوالـة قد يكون صريحاً، أو ضمنياً. وليس للإقرار الصـريح شـكل خاص أما الإقرار الضمنى فيكون بعمل يصدر عن الدائن يقطع فى الدلالة على معنى الإقرار. بما فى ذلك أن يمنح الدائن المحال عليه أجلاً للوفاء أو أن يستوفى منه جزءاً من الدين بعد أن يكون قد علم بالحوالة.

ويجوز أن يصدر إقرار الدائن فى أى وقت بعد انقضاء الحوالة ولو قبل أن يعلـن الدائن بها فإذا قام المحال عليه أو المدين الأصلى بإعلانه الحوالة إلى الدائن وعين له أجلاً معقولاً ليقر الحوالة وجب أن يصدر الإقرار خلال

هذا الأجل فإذا انقضى الأجل دون أن يصدر الإقرار حمل سكوت الدائن على معنى رفض الحوالة .

ب – رفض الدائن الحوالة :

٢٢٧ – الدائن – فيما قدمنا – بالخيار، بين الإقرار بالحوالة أو رفضها فإن اختار الثانية فإن الحوالة لا تكون باطلة رغم رفض الدائن لها بل تظل صحيحة فى العلاقة بين المحيل والمحال عليه بحيث يكون الأول أن يطالب الثانى بالوفاء للدائن عند حلول الأجل وإلا كان مسئولاً عن الإخلال بالتزامه.

٢– انعقاد الحوالة باتفاق بين الدائن والمحال عليه :

٢٢٨ – الصورة الثانية لانعقاد الحوالة هى اتفاق الدائن والمحال عليه عليها وفى هذه الصورة لا يكون المدين طرفاً فى حوالة الدين، ودوره سلبى بحت ولا يشترط قبولة بل تكون الحوالة نافذة فى مواجهته بدون قبوله وهو فى ذلك يشبه المدين " المحال عليه " فى حوالة الحق .

ويترتب على أن المدين فى حوالة الدين أجنبى عن الاتفاق بين الدائن والمحال عليه أن رجوع المحال عليه على المدين الأصلى بما وفاة للدائن يكون على أساس الإثراء بلا سبب بعكس الصورة الأخرى من حوالة الدين بين المدين والمحال عليه وفيها رجوع المحال عليه على المدين بعد الوفاء بالدين محض تنفيذ لاتفاق بينهما .

وأخيراً فإن المدين يلتزم بضمان يسار المحال عليه وقت الحوالة إذا تمت الحوالة بموافقته .

ثانياً – آثار حوالة الدين :

٢٢٩ – حوالة الدين فيما رأينا قد تتم باتفاق المدين الأصلى والمحال عليه، أو باتفاق بين الدائن والمحال عليه. وفى الصورة الأولى لا تكون الحوالة

نـــافذة فى مواجهة الدائن إلا بإقرارها فإن رفضها اقتصر أثرها على العلاقة بين المدين الأصلى والمحال عليه. أما فى الصورة الثانية تكون الحوالة نافذة فى مواجهة طرفيها وفى حق المدين الأصلى بدون حاجة إلى إقرار من هذا الأخير .

أ – آثار الحوالة فى علاقة الدائن بالمحال عليه :

٢٣٠ – فـــى العلاقـــة بين الدائن والمحال عليه، ينتقل الدين من ذمة المدين الأصـــلى إلـــى المحال عليه، وبعبارة أخرى يحل المحال عليه محل المدين الأصلى فى نفس الدين، وفى ضماناته، وبدفوعه، وبأسباب دفاعه .

يحـــل المحـــال علـــيه محل المدين الأصلى فى نفس الدين، منجزاً، أو موصوفاً تجارياً، أو مدنياً، بسند تنفيذى أم لا ...

وينتقل الدين كذلك إلى المحال عليه بضماناته. ومع ذلك لا يبقى الكفيل عينياً أو شخصياً ملتزماً قبل الدائن إلا إذا رضى بالحوالة .

وأخيراً فإن للمحال عليه أن يتمسك بالدفوع التى كان للمدين الأصلى أن يتمسك بها .

وللمحـــال علـــيه فضـــلاً عن ذلك أن يتمسك بالدفوع المستمدة من عقد الحوالة بما فى ذلك الدفع ببطلان عقد الحوالة ذاته، والدفع بعدم وفاء المدين الأصلى بما التزم به للمحال عليه فى عقد الحوالة كمقابل لها .

ب – علاقة المدين الأصلى بالدائن :

٢٣١ – إذا انعقـــدت الحوالة وصارت نافذة فى حق الدائن، فإن ذمة المدين تبرأ قبل الدائن. ويلتزم المدين الأصلى بضمان يسار المحال عليه وقت إقرار

الحوالة إذا انعقدت بين المدين والمحال عليه أما إذا تمت بين الدائن والمحال عليه فإن المدين لا يلتزم بهذا الضمان .

ج – علاقة المدين الأصلى بالمحال عليه :

٢٣٢ – هـذه الآثـار تـتحدد فى العلاقة بين المدين الأصلى والمحال عليه بالعلاقة السابقة بينهما على الحوالة .

خاتمة – تقدير انتقال الالتزام إيجابياً، وسلبياً :

٢٣٣ – لـم يكـن جائزاً فى القانون الرومانى انتقال نفس الحق من شخص لآخـر بـل كان لابد لانتقال الحق من دائن إلى آخر أن ينقضى ذلك الحق، وينشأ بدلاً منه حق جديد. وكان يتأدى هذا عن طريق التجديد وهو معقد على مـا رأيـنا يـتدخل فيه ثلاثة أشخاص الدائن القديم، والدائن الجديد والمدين ويقتضى التجديد انقضاء الحق القديم وتوابعه وتأميناته ويحل محله حق جديد ليست له هذه التوابع ولا التأمينات .

وتطـور الأمر فى القانون الفرنسى القديم الذى أجاز انتقال نفس الحق بـتوابعه وبتأميناته بدون توقف على إرادة المدين. وعنه أخذ التقنين المدنى الجديـد الـذى نقـل حوالة الحق من باب البيع ووضعها فى النظرية العامة للالتزام أى فى النطاق العام لانتقال الالتزام. وتحقق حوالة الحق مزايا عدة : فالـثروة لم تعد فى الحقوق العينية بل أصبحت كذلك فى الحقوق الشخصية، وكما يمنح صاحب الحق العينى التصرف فى حقه، كذلك يخول صاحب الحق الشخصـى التصرف فى حقه قبل أن يحل ميعاد استحقاقه والوسيلة إلى ذلك هـى حوالـة الحق بغيرها لا يكون للحق الشخصى نفس قيمة الحق العينى. كـذا. فحوالة الحق تبسيط لعمليات قانونية فإذا فرض أن (أ) مدين إلى (ب)

ودائـــن لـــ (ج) فبدلاً من أن يدفع (أ) إلى (ب) وأن يدفع (ج) إلى (أ) يكون من اليسير أن يدفع (ج) إلى (ب) مباشرة .

أمـــا انـــتقال الالتزام سلبياً أى من مدين إلى مدين وهى حوالة الدين فلم يصـــل إليها القانون المدنى الفرنسى، وتعرفها التشريعات ذات الطابع المادى فى الالتزام كالتقنين الألمانى، وعنه أخذ التقنين المدنى المصرى .

وهى على أية حال لم تصادف نفس النجاح الذى تميزت به حوالة الحق فانتقال الدين على غرار انتقال الحق لا تتفق مع جوهر الالتزام. فالالتزام من الناحـــية الإيجابية قيمة اقتصادية تقبل الانتقال من شخص إلى آخر. أما من ناحية المدين، فليس سوى قيمة سلبية أو معدومة .

علـــى أن أهـــم عقبات حوالة الدين، أنها عمل خطير، يمكن أن يصيب الدائن بضرر لذا كانت تطبيقات حوالة الدين نادرة عملاً .

الفصل الرابع – انقضاء الالتزام

تمهيد وتقسيم :

٢٣٤ – أحد أهم خصائص الحقوق الشخصية أو الالتزامات أنها مؤقتة وإلا اعتبرت قيداً على المدين، وحريته. لذا فالالتزام مهما امتد إلى زوال إما بالوفاء أو بغير الوفاء .

وموضع أسباب انقضاء الالتزام هو المواد ٣٢٣ إلى ٣٨٨ مدنى بالباب الخامس من الكتاب الأول الخاص بالالتزامات بوجه عام .

وأسباب انقضاء الالتزام متعددة، نقسمها إلى أسباب ينقضى بها الالتزام بالوفاء، أى بتنفيذ الالتزام وهو الطريق العادى لانقضاء الالتزام وهناك طرق ينقضى بها الالتزام بما يقوم مقام الوفاء بما فى ذلك الوفاء بمقابل والتجديد حيث يقضى على الالتزام بإنشاء التزام جديد يحل محله، والمقاصة وهى تقضى على التزام بالتزام مقابل بشرائط معينة .

وثمة طرق ينقضي بها الالتزام بلا وفاء، ولا ما يعادل الوفاء وهذه هى الإبراء، وهو نزول عن الحق بلا مقابل، واستحالة التنفيذ بسبب أجنبى والتقادم المسقط، وهو انقضاء الالتزام بمرور الزمن .

ونكرر، بأن الوفاء بالالتزام هو سقوط للالتزام بتنفيذه، وكان على المشرع لذلك أن يعرض للوفاء فى الباب الخاص بآثار الالتزام. لكننا – مسايرة لخطة المشرع نتناوله فى أسباب انقضاء الالتزام .

وترتيباً على ذلك نوزع دراستنا فى أسباب انقضاء الالتزام على مباحث ثلاثة : نخصص الأول للوفاء، والثانى، لانقضاء الالتزام بما يقوم مقام الوفاء. أما الأخير فنعرض فيه انقضاء الالتزام دون وفاء .

المبحث الأول ـ الوفاء

تقسيم :

٢٣٥ – الوفاء لا يخرج عن كونه تنفيذ لما التزم المدين بتنفيذه عيناً، وكان يتعين لذلك – فيما أسلفنا – أن نتناوله في الجزء الخاص بآثار الالتزام. لكننا – كخطة المشرع تناوله في أسباب القضاء الالتزام .

والوفاء تصرف قانوني، تنطبق عليه أركان التصرفات القانونية، وعناصرها صحتها .

وهو على نوعين : وفاء بسيط، يقوم به المدين نفسه. ووفاء مع الحلول paiement avec subrogation يقع من جانب شخص آخر غير المدين فيترتب عليه أثرين : الأول هو انقضاء الدين – بطبيعة الحال – والثاني حلول الموفي محل الدائن في رجوعه على المدين .

ونتناول في مطلب أول أحكام الوفاء، وفي مطلب ثان الوفاء مع الحلول.

المطلب الأول – أحكام الوفاء

تمهيد وتقسيم :

٢٣٦ – بالمواد ٣٢٣ إلى ٣٤٩ من القانون المدنى عرض المشرع لأحكام الوفاء. فتناول أطرافه فى المواد ٣٢٣ إلى ٣٤٠ بينما تناول محله فى المواد من ٣٤١ إلى ٣٤٩. والمتأمل بالنصوص المذكورة، يرى بأنها اشتملت كذلك على ظروف الوفاء. أى من حيث زمانه، ومكانه ونفقاته، وكيفية إثباته وهى المسائل التى يتناولها تباعاً فيما يلى :

الفرع الأول – طرفا الوفاء

٢٣٧ – تنص المادة ٣٢٣ مدنى على أنه " يصح الوفاء من المدين أو نائبه أو من أى شخص آخر له مصلحة فى الوفاء مع مراعاة ما تقضى به المادة ٢٠٨. ويصح الوفاء أيضاً مع التحفظ السابق ممن ليست له مصلحة فى هذا الوفاء، ولو كان ذلك دون علم المدين أو رغم إرادته على أنه يجوز الدائن أن يرفض الوفاء من الغير إذا اعترض المدين على ذلك وأبلغ الدائن هذا الاعتراض .

وتقضى المادة ٢٠٨ التى أحال إليها المشرع فى النص السابق بأنه فى الالتزام بعمل إذا نص الاتفاق أو استوجبت طبيعة الدين أن ينفذ المدين الالتزام بنفسه جاز للدائن أن يرفض الوفاء من غير المدين .

بينما تنص المادة ٣٣٢ مدنى على أن الوفاء يكون للدائن أو لنائبه. ويعتبر ذا صفة فى استيفاء الدين من يقدم للمدين مخالصة صادرة من الدائن إلا إذا كان متفقاً على أن الوفاء يكون للدائن شخصياً " .

طــرفا الوفــاء إذن هما المدين الموفى، أو غيره والدائن الموفى له، أو غيره على التفصيل الآتى :

أولاً – الموفى هو المدين أو الغير :

٢٣٨ – الأصل فى الوفاء أن يتم من المدين أو نائبه لكن الوفاء يصح أن يتم من غير المدين فى حالات عدة سواء كان لغير المدين مصلحة فى الوفاء أو لم يكن له مصلحة .

فهــناك بدايــة أشخاص لهم مصلحة فى الوفاء بديون المدين هم الكفيل والمدين المتضامن، وحائز العقار المرهون [١] والأخير له مصلحة فى الوفاء بالدين المضمون حتى يطهر العقار من هذا الرهن .

ويصح الوفاء كذلك من أشخاص غير المدين ولا مصلحة لهم فى قضاء الديــن وهذه القاعدة مقيدة بقيدين هما : الأول يجوز للدائن رفض الوفاء من الغــير إذا اعــترض المدين على ذلك، وأبلغ الدائن بهذا الاعتراض. مع أن الدائن غالباً لن يرفض الوفاء بدين عرض عليه .

أمــا القــيد الــثانى، إذا نص الاتفاق أو استوجبت طبيعة الدين أن ينفذ المدين الالتزام بنفسه جاز للدائن أن يرفض الوفاء من غير المدين، ومن ذلك مــثلاً أن يكــون محــل الالتزام عملاً متصلاً بشخص المدين، كتعهد فنان بالتمثيل على المسرح، ومهندس مشهور بتصميم المبنى أو رسام برسم لوحة. ففى هذه الحالات، يجوز للدائن رفض الوفاء من أجنبى. إنما لا يجوز للمدين

---

[١] أى مــن تؤول إليه ملكية العقار المرهون بتصرف قانونى، كالبيع والهبة، أو يكتسب علــيه حقــاً عينياً أصلياً كحق الانتفاع – أحمد الزقرد / الوجيز فى التأمينات الشخصية والعينية / ط ٢٠٠٣ .

أن يعارض فى أن يتم الوفاء للدائن بواسطة غيره ويكون للأخير قبول الوفاء من غير المدين برغم معارضته .

٢٣٩ - وفى كل الحالات فإن للموفى عن الغير الرجوع على المدين بما أوفى ما لم يكن الوفاء تبرعاً. وسوف نرى أن الغير الموفى إما أن يرجع على المدين بما وفاة على أساس الوكالة، أو الفضالة، أو الإثراء بلا سبب. ويكون الرجوع بدعوى الفضالة إذا تم الوفاء من الغير بغير علم المدين، وعلى أساس الوكالة إذا أقر المدين الوفاء بعد تمامه، وعلى أساس الإثراء على حساب الغير بدون سبب، إذا تم الوفاء برغم اعتراض المدين .

وبدهى أن الغير الموفى عن المدين لا يكون له الرجوع بما وفاة إلا إذا كان الوفاء نافعاً للمدين .

وتفريعاً على ذلك لا يكون للغير أى الموفى عن المدين الرجوع بما وفاة إذا كان المدين ذاته كان قد سبق له الوفاء بالدين كله. فإن كان الوفاء من المدين بجزء من الدين، وقام الغير بالوفاء كاملاً لم يكن له الرجوع على المدين سوى بالجزء المتبقى. ولا يكون للغير الرجوع بما وفاة على المدين، بينما الأخير يملك دفع يقضى به على الدين كالمقاصة أو التقادم أو الإبراء. أو بطلان التصرف .

وتأكيداً لذلك فبعد أن قررت المادة ٣٢٤ مدنى فى فقرتها الأولى قاعدة رجوع الغير بما وفاة عن المدين على المدين تابعت فى فقرتها الثانية - بأنه يجوز للمدين الذى حصل الوفاء بغير إرادته أن يمنع رجوع الموفى بما وفاة عنه كلاً أو بعضاً إذا أثبت أن له أية مصلحة فى الاعتراض على الوفاء .

وجدير بالملاحظة أنه سواء تم الوفاء من المدين أو من الغير على ما قدمنا - فإن الوفاء لا يصح إلا إذا توافرت له عناصر صحته بوصفه تصرفاً

قانونـــيا. وعلـــى ذلك نصت المادة ٣٢٥ مدنى بأنه يشترط لصحة الوفاء أن يكون الموفى مالكاً للشيء الذى وفى به، وأن يكون ذا أهلية للتصرف فيه – ومـــع ذلك فالوفاء بالشيء المستحق ممن ليس أهلاً للتصرف فيه ينقضى به الالتزام، إذا لم يلحق الوفاء ضرراً بالموفى .

ثانياً – الموفى له :

٢٤٠ – الموفـــى له فـــيما أسلفنا هو الدائن. أو من ينوب عنه، أو لمن يعينه لهـــذا الغـــرض وقد جعل المشرع من التقدم بالمخالصة الصادرة من الدائن قرينة على وجود نيابة بين الدائن وبين من يتقدم بها ما لم تستبعد هذه القرينة بالاتفـــاق السابق على أن يقع الوفاء للدائن شخصياً فنصت لذلك المادة ٣٣٢ بأنـــه يعتـــبر ذا صفة فى استيفاء الدين من يقدم للمدين مخالصة صادرة من الدائن، إلا إذا كان متفقاً على أن الوفاء يكون للدائن شخصياً .

كذا يكون ذا صفة فى قبول الوفاء الخلف العام، والخلف الخاص للدائن كالوارث مثلاً. والمحال له الحق .

ولا يكون الوفاء صحيحاً ما لم يكن الموفى له أهلاً لاستيفاء الدين. فإن كان ناقص الأهلية أمكن الوفاء لمن ينوب عنه قانوناً .

وإذا كانـــت القـــاعدة فـــيما قدمنا – وجوب الوفاء للدائن أو نائبه. فإن التســـاؤل يـــثور عن الحالة التى يرفض فيها الدائن الوفاء؟ وهو فرض غير متصـــور لأول وهلة لكن الدائن قد يمتنع مثلاً عن قبول الوفاء الذى يعرضه المديـــن لأنه يرى استحقاقه مبلغاً أكبر أو أنه يستحق شيئاً آخر خلاف الذى يقدمه المدين. وقد يرى الأخير فى ذات الوقت أنه له مصلحة فى قضاء الدين بأســـرع وقت ممكن لأن للدين فوائد تتراكم عليه بمرور الوقت مثلاً أو لأنه

يـــريد الـــتخلص من التزامه بالمحافظة على الشيء تحت يده أو تحمل تبعة هلاكه .

وقـــد أجابت المادة ٣٣٤ مدنى عن التساؤل المطروح بقولها إذا رفض الدائـــن دون مـــبرر قبول الوفاء المعروض عليه عرضاً صحيحاً أو رفض القـــيام بالأعمال التى لا يتم الوفاء بدونها، أو أعلن أنه لن يقبل الوفاء اعتبر أنـــه قـــد تم إعذاره من الوقت الذى يسجل المدين عليه هذا الرفض بإعلان رسمى .

فـــإذا تم إعذار الدائن على هذا النحو تحمل تبعة هلاك الشيء أو تلفه، ووقف سريان الفوائد، وأصبح للمدين الحق فى إيداع الشيء على نفقة الدائن والمطالبة بتعويض ما أصابه من ضرر – المادة ٣٣٥ .

وبـــذا، يكـــون المشرع قد رسم للمدين إجراءات معينة يتبعها لمواجهة امتناع الدائن عن قبول الوفاء بلا مسوغ وهذه الإجراءات تبدأ بإعذار الدائن وتنتهى بقبول الإيداع، أو استصدار حكم بصحته، مروراً بالعرض الفعلى ثم الإيداع أخذاً من قانون المرافعات .

أ – الإعذار :

٢٤١ – امتـــناع الدائن أو تعنته فى الوفاء له صور ثلاث ورد النص عليها بالمادة ٣٣٤ أن يرفض قبول الوفاء المعروض عليه من المدين دون مبرر. أو إعلانه أنه لن يقبل الوفاء أو رفضه القيام بالأعمال اللازمة لاستيفاء الحق

وفـــى الحالات الثلاث يجوز للمدين أن يعذر الدائن، أى بإعلان رسمى علـــى يد محضر ويترتب على الإعذار نتائج عدة أهمها وقف سريان الفوائد إذا كان الدين ينتج فوائد سواء كانت اتفاقية أو قانونية .

ب – وللمدين الحق فى طلب تعويضه عما أصابه من ضرر تعنت المدين فى الوفاء .

ج – وانتقال تبعة الهلاك – بالإعذار – من المدين إلى الدائن. فإن كانت تبعة هلاك الشيء على المدين فى العقود الملزمة للجانبين، فأعذر المدين الدائن بعد رفض الأخير تسلم الشيء، ثم هلك الشيء بقوة قاهرة، فإن تبعة الهلاك تكون على الدائن .

د – للمدين بالإعذار مباشرة إجراءات العرض الفعلى أو الحقيقى والإيداع على نفقة الدائن .

ب – العرض الحقيقى :

٢٤٢ – قلنا أن إعذار الدائن يخول المدين اتخاذ إجراءات العرض الحقيقى، وإيداع الشيء إعمالاً لما ورد بقانون المرافعات .

والمقصود بالعرض، أن يقوم المدين بتسليم الشيء محل الدين للمحضر إذا كان نقوداً أو شيئاً آخر، مما يمكن تسليمه للدائن فى موطنه. أما مالا يمكن تسليمه، من أشياء فيتحصل عرضها عرضاً حقيقياً على الدائن بتكليفه بتسليمها على يد محضر. فإذا رفض الدائن تسلمها سجل المحضر الرفض بحيث ينتقل بعد ذلك إلى إجراء آخر هو الإيداع .

ج – الإيداع :

٢٤٣ – الإيداع هو المرحلة التالية لرفض الدائن قبول العرض ولا يكون إلا فى المنقولات، أما الإجراء الموازى له فى العقارات فهو الحراسة .

وقد نصت المادة ٣٣٦ مدنى بأنه إذا كان محل الوفاء شيئاً معيناً بالذات وكان الواجب أن يسلم فى المكان الذى يوجد فيه جاز للمدين بعد أن ينذر

الدائن بتسلمه أن يحصل على ترخيص من القضاء فى إيداعه. فإذا كان هذا الشـــىء عقاراً، أو شيئاً معداً للبقاء حيث وجد جاز للمدين أن يطلب وضعه تحت الحراسة .

وإذا كان المعروض مما يسرع إليه التلف أو يكون مما يكلف إيداعه أو حراسته مبالغ باهظة، جاز للمدين أن يستأذن القضاء فى بيعه بالمزاد العلنى وإيداع الثمن .

وفـــى كل الحالات، فإن قبول الدائن العرض، أو قضاء المحكمة بصحة العـــرض والإيـــداع يـــبرىء ذمة المدين من يوم العرض. أى أن العرض الحقـــيقى بالنســـبة للمديـــن يقـــوم مقام الوفاء إذا تلاه إيداع يتم وفقاً لقانون المرافعات أو تلاه أى إجراء آخر وذلك إذا قبله الدائن، أو صدر حكم نهائى بصحته .

الفرع الثانى - محل الوفاء

٢٤٤ – المـــتأمل بنصوص المواد ٣٤١ مدنى وما بعدها يرى بأن المشرع يضـــمنها مـــبادىء ثلاثة : الأولى أنه يجب الوفاء بنفس الشىء المستحق – المادة ٣٤١ وبكل شىء المستحق – المادة ٣٤٢، وتعين جهة الوفاء أو خصم المدفوعات عند تعدد الديون – المادة ٣٤٣ إلى ٣٤٥ .

المبدأ الأول – الوفاء بكل الشىء المستحق :

٢٤٥ – أى أن الوفاء لا يتجزأ حتى ولو كان الدين يقبل التجزئة بطبيعته. لذا يجـــوز للدائـــن الامتناع عن قبول جزء من الدين، ويتمسك بوفاء الدين كله. ومبدأ عدم تجزئة الوفاء indivisibilité du paiement ينطبق على الدين وفوائـــده. أى يجـــوز للدائن رفض قبول الوفاء بأصل الدين دون الفوائد أو

العكس فإذا كان الدين متنازعاً فى جزء منه وقبل الدائن أن يستوفى الجزء المعترف به فلا يكون للمدين رفض الوفاء بهذا الجزء .

لكننا نلفت النظر بأن مبدأ عدم تجزئة الوفاء لا ينطبق إلا فى الدين الواحد فإن تعددت ديون المدين قبل الدائن وأراد الأول الوفاء بأحدها فقط فلا يجوز للدائن الامتناع عن قبول الوفاء، أو أن يطالب المدين بها جميعاً .

ويستثنى من مبدأ عدم تجزئة الوفاء ما يلى :

١ – فى نظرة الميسرة، يجوز للمحكمة أن تمنح المدين آجالاً متعددة يقسط فيها الوفاء أو بجزء فيها الوفاء بافتراض توافر الشرائط الأخرى لمنح نظرة الميسرة .

٢ – فى المقاصة، وتكون بين دين متقابلين بمقدار الأقل منهما عندما يصبح المدين دائناً لدائنه. وتنتهى فى الحقيقة – إلى أن الدين الأكبر ينقضى فى جزء منه فقط بالمقاصة، حين يبقى الجزء الباقى فى ذمة المدين أى أن بالمقاصة تجزئة الوفاء .

وفى المادة ٧٩٢ مدنى استناداً آخر فيه إذا تعدد الكفلاء لدين واحد وكانوا غير متضامنين فيما بينهم جاز لأى منهم إذا طالبه الدائن بالوفاء أن يدفع بتجزئة الدين فلا يوفى إلا بجزء منه، ويتحمل سائر الكفلاء بعينهم .

وإذا كان الدين متنازعاً فى جزء منه وقبل الدائن الوفاء بالجزء المعترف به فليس للمدين رفض الوفاء بهذا الجزء فيما بعد خروجاً – على ما قدمنا – على مبدأ عدم تجزئة الوفاء .

وأخيراً – يجوز باتفاق طرفى الوفاء تجزئته. وسواء كان ذلك قبل الوفاء أو وقت الوفاء، كأن يتفقا مثلاً على تقسيط الدين .

المبدأ الثاني : الوفاء بنفس الشيء المستحق :

٢٤٦ – إلى هذا المبدأ أشارت المادة ٣٤١ بقولها أن الشيء المستحق أصلاً هـو الذى به يكون الوفاء، فلا يجبر الدائن على قبول شيء غيره، ولو كان هذا الشيء مساوياً له فى القيمة، أو كانت قيمته أعلى .

وتأكيداً لذلك وتفصيلاً له، إذا كان محل الالتزام نقوداً فلا يجوز الوفاء دون رضاء الدائن بورقة تجارية، أى كمبيالة أو شيك أو سند إذنى، أو حتى بأسهم أو سندات. كما يلتزم المدين – من جهة ثانية – بقدر عدد النقود فى العقد دون أن يكون لارتفاع قيمة هذه النقود أو لانخفاضها وقت الوفاء أثر .

وإذا كان محل الالتزام شيئاً معيناً بالنوع فقط، ولم تعين درجة الشيء من حيث جودته، ولم يكن استخلاص ذلك من ظروف الحال أو العرف التزم المدين أن يسلم شيئاً من صنف متوسط – المادة ١٣٣/ ٢ مدنى .

وفى الالتزام بعمل يتعين تحديد طبيعته التزام بوسيلة، أم بتحقق نتيجة بحيث يتحدد على هذا الأساس ما يجب على المدين أداؤه .

وفى الالتزام بإعطاء شيء يجب تحديد الشيء الواجب إعطاؤه بدقة إنما يمكن الاتفاق على الوفاء بشيء آخر فيما يسمى الوفاء بمقابل .

المبدأ الثالث – تعيين جهة الدفع أو خصم المدفوعات عند تعدد الديون :

٢٤٧ – نسارع للتنويه بداية بأن هذا المبدأ بعكس سابقيه لا ينطبق إلا إذا تعددت ديون المدين لدى نفس الدائن، وكانت جميعها من جنس واحد كنقود مثلاً وفيها كل دين مستقل عن الآخر، بما لا يخول الدائن رفض الوفاء بواحد منها. ولكننا نلفت النظر بأن عدم تجزئة الوفاء ينطبق على كل دين على حده لكنه لا ينطبق على مجموع الديون جميعها أى كحزمة واحدة .

وثمة فرض يوفى فيه المدين بمبلغ لا يكفى للوفاء بأحد الديون أو بالبعض منها ولا يكون للدائن - كما ذكرنا - رفض الوفاء. وعندئذ تثور مسألة خصم المدفوعات. أى من أى من هذه الديون المتعددة يجرى خصم المبلغ الموفى به .

والحقيقة أنه يجرى ترتيب تعيين الديون التى يحصل منها الخصم على الوجه الآتى :

١ - للمدين أن يعين عند الوفاء الدين الذى يريد الوفاء به إلا إذا كان هناك مانع قانونى أو اتفاقى يحول دون هذا التعيين. كما إذا اختار الخصم من دين مضاف إلى أجل تقرر لمصلحة الدائن، أو من دين لا يجوز فيه تجزئة الوفاء.

٢ - فإذا لم يقم المدين بتعيين الدين الذى يريد قضاءه يحصل التعيين على النحو الآتى :

أ - إذا كان بعض الديون قد حل ولم يحل بعضها الآخر خصم الوفاء من الدين الذى حل أجل سداده .

ب - إذا كانت جميع الديون حالة، خصم الوفاء من الديون الأكبر تكلفة على المدين. فإن كان بعض الديون ينتج فائدة وبعضها الآخر لا يقترن بفائدة خصم الوفاء من الأول لأنه أشد كلفة على المدين. وإن كان دين ثابتاً فى سند تنفيذى ودين آخر بسند عادى خصم الوفاء من الأول لأنه أشد كلفة على المدين .

ج - وإذا تساوت الديون جميعاً فى التكلفة، خصم الوفاء من الدين الذى يعينه الدائن .

ثانياً – فإذا كان الدين واحداً ولكن تقترن به ملحقات وهى المصروفات والفوائد. وكان ما أداة المدين لا يفى الدين مع هذه الملحقات خصم ما أدى من حساب المصروفات ثم الفوائد، ثم من أصل الدين .

وعلى ذلك إن كنا بصدد دين واحد يجب أن يوفى معه مصروفات وفوائد. وكان الوفاء جزئياً وجب أن يحصل الخصم على الترتيب الآتى :

أ – يتم الخصم من حساب المصروفات .

ب – ثم من الفوائد .

ج – ثم من أصل الدين .

ويبقى أن نوضح بأن تعيين جهة الدفع أو خصم المدفوعات عند تعدد الديون مهم عملاً. فقد يكون أحد الديون مضموناً برهن، ويجب عندئذ أن يعلم الدائن ما إذا كان الدين الذى انقضى هو الدين المضمون بالرهن، أو دين آخر. وقد يكون أحد الديون سقط بالتقادم. فيكون مهماً للمدين معرفة ما إذا كان قد وفى بهذا الدين أم لا.

الفرع الثالث – زمان الوفاء ومكانه، ونفقاته، وإثباته

١ – زمان الوفاء :

٢٤٨ – الأصل أن يتم الوفاء فوراً فلا يكون مؤجلاً إلا إذا وجد نص أو اتفاق يقضى بعد ذلك. كما خول المشرع للمحكمة أن تمنح المدين أجلاً قضائياً بشروط معينة وعلى هذه الأحكام ورد بنص المادة ٣٤٥ بأن الوفاء يجب أن يتم فوراً بمجرد ترتيب الالتزام نهائياً فى ذمة المدين. على أنه يجوز للقاضى – فى حالات استثنائية إذا لم يمنعه نص فى القانون، أن ينظر المدين إلى أجل معقول أو آجال ينفذ فيها التزامه إذا استدعت حالته ذلك ولم يلحق الدائن من هذا التأجيل ضرر جسيم .

٢ - مكان الوفاء :

٢٤٩ - مكان الوفاء بالالتزام يتحدد بداية بالإتفاق. فإن لم يوجد وجب تطبيق الأحكام القانونية المكملة فى هذا الشأن. وفيها تفرقة حدية فيما إذا كان محل الالتزام شيئاً معيناً بالذات، أو لم يكن كذلك .

فـإن كـان محـل الالتزام شيئاً معيناً بالذات وجب الوفاء به فى مكان وجـوده وقت نشوء الالتزام. وليس المكان الموجود به وقت الوفاء إذا كان الشـىء ثابتاً، فإن كان متنقلاً كسيارة وجب الوفاء فى موطن المدين .

فإذا لم يكن التزام المدين شيئاً معيناً بالذات تعين الوفاء فى المكان الذى يوجـد فـيه موطن المدين وقت الوفاء، وليس فى وقت نشوء الالتزام غير المعين بالذات فيما يعرف بقاعدة أن الدين مطلوب لا محمول la dette est querable, non portabele فيسعى الدائن لاقتضائه فى موطن المدين، ولا يحمله المدين إليه .

وعلـى هذا نصت المادة ٣٤٧ مدنى، إذا كان محل الالتزام شيئاً معيناً بالذات وجب تسليمه فى المكان الذى كان موجوداً فيه وقت نشوء الالتزام، ما لـم يوجـد اتفـاق أو نص تشريعى يقضى بغير ذلك - أما فى الالتزامات الأخرى فيكون الوفاء فى المكان الذى يوجد فيه موطن المدين وقت الوفاء أو فـى المكان الذى يوجد فيه مركز أعمال المدين إذا كان الالتزام متعلقاً بهذه الأعمال .

٣ - نفقات الوفاء :

٢٥٠ - الأصـل أن نفقات الوفاء يتحملها المدين، ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضـى بغير ذلك. ويدخل فى نفقات الوفاء مثلاً مصاريف الشيك أو الحوالة

الـبريدية ونفقات الوزن أو القياس أو الكيل، ونفقات المخالصة، وكلها على المدين ما لم يتفق على أن الدائن هو الذى يتحملها .

وقـد يـرد نـص بالقانون على تحمل الدائن للنفقات، وقد أشرنا لذلك بخصوص نفقات العرض والإيداع إذا تعنت الدائن – المادة ٣٣٥ مدنى ولا نرى ما يبرر تكرارها .

٤ – إثبات الوفاء :

٢٥١ – الوفاء على ما رأينا تصرف قانونى يخضع فى إثباته للقواعد العامة فـى إثـبات التصـرف القانونى لذا يلزم لإثباته الكتابة إذا زاد على نصاب الإثـبات بالبيـنة (شهادة الشهود) وهو خمسمائة جنيهاً. ويكون إثبات الوفاء عادة بمخالصة la quittance ويلتزم الدائن بتسليمها للمدين إذا طلبها، على أن يبين فيها ما تسلمه وفاء من المدين، وتاريخها، ثم التوقيع عليها .

ونـنـبه بـأن تاريخ المختصة يكون حجة بذاته فيما بين طرفيها الدائن، والمدين ويكون لهذا التاريخ حجة على الغير ولو لم يكن ثابتاً بوجه رسمى .

وإذا لم تكن هناك مخالصة جاز استخراج الدليل الكتابى عن طريق القيد فى سجلات أو فى دفاتر الدائن التاجر، أو الأوراق المنزلية .

وفضلاً عن المخالصة، يجوز للمدين الذى أوفىَّ الدين بأكمله أن يطلب مـن الدائـن تسليمه سند الدين. فإن كان قد فقد أوضاع، يطلب إقرار الدائن بضياع سند المديونية .

أمـا إذا كان الوفاء قد تم بجزء من الدين فقط كان للمدين أن يطلب من الدائـن فضـلاً عن المخالصة، التأشير على سند الدين لدى الدائن بحصول

الوفاء وتأكيداً لذلك. نصت المادة ٣٤٩ مدني. بأنه لمن قام بوفاء جزء من الدين أن يطلب مخالصة بما وفاه مع التأشير على سند الدين أو إلغاؤه. فإذا كان السند قد ضاع كان له أن يطلب من الدائن أن يقر كتابة بضياع السند فإذا رفض الدائن القيام بذلك. جاز للمدين أن يودع الشيء المستحق إيداعاً قضائياً .

المبحث الثانى – الوفاء مع الحلول

نصوص قانونية، تعليق وتقسيم :

٢٥٢ – بالمواد ٣٢٦ وما بعدها من القانون المدنى تناول المشرع أحكام الوفاء مع الحلول وهو قيام شخص غير المدين بوفاء الدين، بحيث يحل الموفى محل الدائن فى مواجهة المدين .. ويكون للموفى الرجوع على المدين إما تأسيساً على الوكالة، أو الفضالة أو الإثراء بلا سبب – وأما بدعوى الحلول .

ونلفت النظر بأن الوفاء من غير المدين، كالوفاء من المدين نفسه يقضى على الدين والأول يختلف عن الثانى بأنه يخول الموفى الرجوع بما وفاة على المدين فيحل بذلك مع الدائن .

والوفاء مع الحلول قد يحقق مصلحة الموفى فى الفرض الذى يكون فيه الدائن الذى وفاة الموفى صاحب حق رهن أو امتياز فيكون للموفى الحلول محل الدائن فى حقوقه وهى مضمونة، ويكون له بالتالى دعاواه. وفى فرض آخر، قد يكون الوفاء مع الحلول بالنسبة للموفى أقرب إلى المخاطرة أو المغامرة، إذا وفىَّ عن مدين له عدد آخر من الدائنين، ولا يكون للمدين مالاً للوفاء لهم جميعاً فيشترك الموفى معهم فى قسمة الغرماء، وقد لا يحصل على أى شىء مما أو فاه عنه .

ويمكن أن يحقق الوفاء مع الحلول مصلحة المدين حيث يمكنه وقد عجز عن الوفاء بأن يوفى غير شخص آخر، على أن يحل محله فيما قد يكون له من رهن مثلاً بما يشجع الغير على الوفاء عن المدين دون أن يخشى مزاحمة الدائنين له .

وننبه بأن الحلول مع الوفاء يحل فيه شخص محل شخص آخر وبذا يتميز عن الحلول العينى subrogation ré elle وفيه يحل شيء محل شيء آخر. كمبلغ التأمين يحل محل العقار المرهون إذا هلك. أو تهدم .

وكانت ثمة نظرية مهجورة تنحو لاعتبار الوفاء مع الحلول، حوالة حق يكون الثمن فيها هو ما أداه الموفى عن المدين على سند بأن الحق فى الوفاء مع الحلول كالحوالة لا يتغير بل ينتقل إلى الموفى، وإلى المحال له بما يلحقه من توابع وضمانات أو دفوع .

ويحتج على ذلك بفروق عدة بين الوفاء مع الحلول وحوالة الحق تتمثل فيما يلى :

أ - فى حوالة الحق لا ينقضى الالتزام فيما بين المدين والمحيل. أما فى الوفاء مع الحلول فتنقضى العلاقة القانونية فيما بين المدين والدائن .

ب - فى حوالة الحق يجب رضاء أما فى الوفاء مع الحلول فلا يشترط رضاء الدائن كما هو الحال فى الوفاء مع الحلول بالاتفاق مع المدين. أو فى الوفاء مع الحلول القانونى .

ج - فى حوالة الحق. لا تكون الحوالة نافذة قبل المدين أو الغير إلا إذا قبلها المدين أو أعلن بها ونفاذها قبل الغير بقبول المدين يستلزم أن يكون هذا القبول ثابت التاريخ - المادة ٣٠٥ مدنى ولا شيء من ذلك فى الوفاء مع الحلول .

د - فى الوفاء الجزئى مع الحلول أى إذا دفع الموفى جزءاً من الدين وبقى الجزء الآخر فى ذمة المدين. فإن الموفى فى حلوله محل الدائن يتأخر حتماً عن ذلك الدائن فلا تكون له ذات الأولوية. وفى ذلك تقضى المادة ٣٣٠ مدنى إذا وفى الغير الدائن مقدماً على من وفاه أما فى حوالة الحق، بافتراض أن

المحيل باع جزءاً من حقه وأبقى الجزء الآخر قبل المدين المحال عليه، فإن المحال له يزاحم المحيل فى الرجوع على المحال عليه ولا يتأخر أحد منهما عن الآخر .

هـ - فى حوالة الحق بعوض يضمن المحيل وجود الحق المحال به وقت الحوالة إعمالاً لنص المادة ٣٠٨ مدنى وبذا يكون للمحال له الرجوع على المحيل بدعوى الضمان. أما فى الوفاء مع الحلول، فلا يرجع الموفى على الدائن إلا بدعوى رد غير المستحق .

و - وفضلاً عن ذلك وبافتراض رجوع الموفى على المدين بدعوى الحلول تظل هناك فروق بين رجوعه، ورجوع المحال له. فالأول يؤدى خدمة، والثانى مضارب وبذا. إذا قبل الدائن من الموفى مبلغاً أقل من قيمة الدين كوفاء تام للدين لم يكن للموفى الرجوع على المدين إلا بقدر ما وفاه به وليس بالدين كله أما المحال له. فعلى العكس يطالب المدين بقيمة الدين كله، حتى ولو اشتراه بأقل من قيمته. ومقابل ذلك إذا وفىّ المدين بجزء من الدين لم يكن له أن يحل بما دفع محل الدائن إلا بعد أن يستوفى الدائن ما بقى من الدين .

فإذا انتهينا من تحديد الوفاء مع الحلول، والفرق بينه وبين حوالة الحق فإننا نتناول حالات الوفاء مع الحلول، ثم آثاره .

الفرع الأول – حالات الوفاء مع الحلول

٢٥٣ - نوعان من الوفاء مع الحلول : حلول اتفاقى، وقانونى. والأول ينقسم إلى وفاء مع الحلول بالاتفاق مع الدائن، ووفاء مع الحلول بالاتفاق مع المدين.

أولاً – الحلول الاتفاقى :

أ – الوفاء مع الحلول بالاتفاق مع الدائن :

٢٥٤ – إلى هذا النوع من الوفاء مع الحلول تقول المادة ٣٢٧، للدائن الذى استوفى حقه من غير المدين أن يتفق مع هذا الغير على أن يحل محله، ولو لم يقبل المدين ذلك، ولا يصح أن يتأخر هذا الاتفاق عن وقت الوفاء .

ومثال الوفاء مع الحلول بالاتفاق مع الدائن أن يرغب (أ) فى شراء عقار من (ب) وليس معه كامل الثمن، فيلجأ إلى (ج) ليقوم عنه بالوفاء إلى (ب) فيطلب (ج) وهو الموفى إلى (ب) أن يحل محله فى حقوقه قبل (أ) المشترى بحيث يكون له الامتياز الذى للبائع فى مواجهة المشترى، وليس هناك ما يمنع (ج) من ذلك، فيسلم (ب) إلى (ج) مخالصة يبين فيها الاتفاق على الحلول .

ب – الحلول بالاتفاق مع المدين :

٢٥٥ – أخذاً من المادة ٣٢٨ مدنى فإن الحلول بالاتفاق مع المدين يمكن أن يتحقق عندما يقترض المدين مبلغاً من النقود أو أى شىء مثلى آخر للوفاء بدينه، فهو لذلك يستطيع أن يحل المقرض محل الدائن الذى استوفى حقه ولو بغير رضاء ذلك الدائن شريطة أن يذكر فى عقد القرض أن المال مخصص للوفاء، وفى المخالصة أن الوفاء كان من هذا المال الذى أقرضه الدائن الجديد .

وإعمالاً للقواعد العامة يجب أن يكون لعقد القرض ولسند المخالصة تاريخ ثابت ذلك أن الورقة العرفية لا تكون حجة على الغير فى تاريخها إلا منذ أن يكون لها تاريخ ثابت فإذا توافرت الشرائط السابقة استطاع المدين أن

يحل المقرض محل دائنه فى حقوقه وبدون حاجة إلى الحصول على رضاء هذا الأخير .

ثانياً - الحلول القانونى :

نص وتعليق :

٢٥٦ - تقضى المادة ٣٢٦ مدنى بأنه إذا قام بالوفاء شخص غير المدين حل الموفى محل الدائن الذى استوفى حقه فى الحالات الآتية :

أ - إذا كان المُوفى ملزماً بالدين مع المدين أو ملزماً بوفائه عنه .

ب - إذا كان الموفى دائناً ووفى دائناً آخر مقدماً عليه .

ج - إذا كان الموفى هو حائز العقار الضامن لوفاء حق الدائن .

د - إذا كان الموفى وارثاً أوفى من ماله ديون التركة .

هـ - إذا كان هناك نص خاص يقدر الموفى حق الحلول .

أ - إذا كان الموفى ملزماً بالوفاء مع المدين أو عنه :

٢٥٧ - يكـون الموفى ملزماً مع المدين إذا كان متضامناً معه فى الدين. أو كـان شـريكاً معـه فى دين غير قابل للتجزئة. فإذا قام بوفاء الدين أمكنه الرجوع على شركائه فى الدين بما أوفى بعد خصم نصيبه فى الدين .

ويكـون الموفـى ملـزماً عن المدين إذا كان كفيلاً له سواء كان كفيلاً شخصياً أو كفيلاً عينياً. فإذا أوفى استطاع أن يرجع على المدين بكل ما أوفى ويحل محل الدائن فى حقوقه .

كذا فإن حائز العقار المرهون يلتزم عن المدين ضماناً للدين .

ب - وفاء الدائن المتأخر لدائن متقدم :

إذا أوفى دائن متأخر لدائن متقدم دينه الموفى محل الموفى له فى حقوقه ويجـوز أن يكون الدائن الموفى دائناً عادياً يوفى دائناً صاحب تأمين عينى

ويتحقق الوفاء مع الحلول بالاتفاق مع الدائن بشرطين : الأول أن يتفق الدائن مـــع الغير " الموفى الذى وفى له حقه على أن يحل ذلك الغير محله أى في نفس مركزه القانونى الذى كان هو فيه بالنسبة للمدين. ويجب لذلك أن تتوافر فى الدائن أهلية تلقى الوفاء، وأهلية إبرام الاتفاق على الحلول .

ويشترط من ناحية أخرى أن يتم الاتفاق بين الدائن والغير وقت الوفاء. فـــلا يجـــوز إذن الاتفـــاق على الحلول بعد الوفاء إذ يكون الحق قد انقضى بتأميناته وصفاته، وما انقضى لا يبعث من جديد. ولأن الاتفاق على الحلول بعد أن يكون الوفاء قد وقع قرينة على غش وتواطؤ بين الدائن والمدين على حلول الغير لتفويت حق دائن مرتهن ثان متأخر فى المرتبة .

وفـــى كـــل الحـــالات فالاتفاق على الحلول مع الدائن لا يستلزم رضاء المدين به إذ يتم الحلول ولو لم يقبل المدين .

ج – وفاء الحائز للعقار بالدين المضمون :

٢٥٧ – إذا اشـــترى الشخص عقاراً ودفع ثمنه وفاء لدائنين خصص العقار لضمان حقوقهم يحل محلهم فى حقوقهم والحقيقة أن كل حائز للعقار بالمعنى الذى نصت عليه المادة ١٠٦١ مدنى يكون له هذا الحق سواء كان مشترياً أو لـــم يكـــن – وفضـــلاً عـــن ذلك فإن حائز العقار المرهون يدخل فى معنى الملتزمين عن الغير بنص المادة ٣٢٦ مدنى فيكون لهم الحلول .

د – وجود نص يقرر للموفى حق الحلول :

٢٥٨ – مـــن ذلك مثلاً ما نصت عليه المادة ٧٧١ مدنى بحلول المؤمن بما دفعـــه منـــن تعويض بسبب الحريق فى الدعاوى التى تكون للمؤمن له قبل المســـؤول عن طريق – وما ورد النص عليه بالقانون التجارى بأن من دفع قيمة الكمبيالة بطريق التوسط يحل محل حاملها فى الحقوق والالتزامات .

الفرع الثانى - آثار الوفاء مع الحلول

٢٥٩ - نسارع للتنويه من البداية بأن آثار الوفاء مع الحلول لا تنفصل عن طبيعته، فالثانية انعكست على الأولى بآثارها. والمتأمل بطبيعة الوفاء مع الحلول يرى بأنه وفاء للحق وانتقال له فى آن واحد. أنه وفاء للحق بالنسبة للدائن، به ينقضى حقه، وهو انتقال للحق بالنسبة للمدين اعتباراً بأن المدين لم يوف بالدين، فلا ينقضى بالنسبة له، بل ينتقل هذا الدين إلى الموفى لأنه هو الذى وفى فى مقابل أن يحل الدائن محله وبين انقضاء حق الدائن، وبقاء التزام على المدين قبل الموفى تتحدد آثار الوفاء مع الحلول فى أمرين : الأول حلول الموفى محل الدائن – وأن هذا الحلول سبب الوفاء .

أولاً – حلول الموفى محل الدائن :

٢٦٠ - إعمالاً لنص المادة ٣٢٩ مدنى فإنه من حل قانوناً أو اتفاقاً محل الدائن كان له حقه بما لهذا الحق من خصائص وما يلحقه من توابع وما يكفله من تأمينات وما يرد عليه من دفوع .

الموفى يحل محل الدائن إذن فى الحق بذات خصائصه فإن كان تجارياً، كان للموفى مقاضاة المدين بالطرق التجارية. وإن كان حق الدائن له مد تقادم فإنها تسرى على الموفى. وإن كان السند المثبت لحق الدائن واجب التنفيذ. استفاد الموفى من ذلك .

كما يحل الموفى محل الدائن فى التأمينات التى تضمن الحق فى مواجهة المدين، سواء كانت هذه التأمينات شخصية كالكفالة أو عينية كالرهن الرسمى أو الحيازى أو الامتياز أو حق الاختصاص .

وأخيراً يحل الموفى محل الدائن فى مركزه القانونى الذى كان له بالنسبة إلى المدين. ويترتب على ذلك أنه إذا كان للمدين دفعاً قبل الدائن.

كـــان له ذات الدفـــع قبل الموفى. بما فى ذلك الدفع بالبطلان أو بالإبطال أو بالمقاصـــة أو بالإبراء، أو بالتقادم، تكون له كذلك قبل الموفى كما كانت فى مواجهة الدائن. ولا يستثنى من ذلك سوى الدفوع التى تكون متعلقة بشخص الدائن كالدفع بنقص أهلية الدائن، حيث لا يمكن الدفع به فى مواجهة الموفى بعد الحلول إذا كان كامل الأهلية .

ثانياً – حلول الموفى محل الدائن سببه الوفاء :

٢٦١ – ويترتـــب على ذلك أن الموفى لا يحل محل الدائن إلا بقدر ما أوفى فإذا أعطى الدائن مخالصة عن كل الدين ومجموعة ١٠,٠٠٠ جنيه فى حين أنه لم يقبض فعلاً سوى ٨,٠٠٠ جنيه فإن الموفى لا يحل محل الدائن إلا فى حدود ٨,٠٠٠ جنيه، وهى نتيجة عكسية لحوالة الحق حيث يكون للمحال له الـــرجوع بكـــل الديـــن حـــتى ولو لم يدفع إلا مبلغاً أقل لأنها تنطوى على مضاربة.

ب – الوفاء بجزء من الدين يخول الدائن الاحتفاظ بكل حقوقه بالنسبة للجزء المتـــبقى، فـــيظل مضموناً بكل التأمينات التى كانت تضمن كل الدين. ولهذه المســـألة أهمـــية عملية إذا تعارض حق الموفى وحق الدائن. وتضرب مثلاً علـــى ذلك بأن ديناً مقداره ١٠,٠٠٠ جنيه مضمون برهن على عقار بقيمة ٧,٠٠٠ جنـــيه، وقـــام شخص غير المدين بالوفاء للدائن بمبلغ ٦,٠٠٠ جنيه وحل محل الدائن .

الدائن يظل دائناً بمقدار ٤٠٠٠ جنيه ويستوفى هذا الجزء الباقى من ثمن العقار المرهون قبل استيفاء الموفى لدينه من ثمن ذلك العقار. وعلى ذلك فإن الموفـــى الذى أصبح دائناً بمقدار ٦٠٠٠ جنيه لا يمكنه أن يحصل من ثمن العقـــار إلا على ٣٠٠٠ جنيه. والمعنى أن الموفى بجزء من الدين لا يزاحم

الديــن الــذى يأتى بعده. وتأكيداً لذلك تقضى المادة ٣٣٠ مدنى بأنه إذا وفىَّ الغــير الدائــن جــزءاً من حقه وحل محله فيه فلا يضار الدائن بهذا الوفاء ويكــون فى استيفاء ما بقى له من حق مقدماً على من وفاه ما لم يوجد اتفاق بغير ذلك [٣] .

ويبين من النص أنه مكمل لا ينطبق إلا إذا لم يوجد اتفاق مخالف أى أنه يجــوز للدائــن أن ينزل عن حق التقدم أو الأفضلية، فلا يتأخر الموفى عن الدائن عند الوفاء بجزء من الدين .

---

[١] وذلــك تطبــيق لقاعدة رومانية تقضى بأنه لا يفترض أن أحداً أحل غيره محله ضد نفسه . " Nemo censetur subrogasse contra se " .

المبحث الثانى – انقضاء الالتزام بما يعادل الوفاء

تمهيد وتقسيم :

٢٦١ – الوفاء فيما رأينا محض تنفيذ عينى للالتزام ينقضى به. كما يمكن أن ينقضـى الالـتزام بما يقوم مقام الوفاء أى عن طريق الوفاء بمقابل – أو بالتجديد أو بالمقاصة، وأخيرا باتحاد الذمة .

وفى الوفاء بمقابل، على ما سنرى، فإن الدائن يستوفى الدين بشىء آخر بـدلا مـن الشىء الأصلى. وفى التجديد يستوفى الدائن الدين الأصلى بدين جديـد يحـل محلـه. وفى المقاصة يستوفى الدائن حقه بدين مقابل فى ذمته للديـن، وفـى اتحاد الذمة يستوفى الدائن الدين بنفس هذا الدين الذى أصبح مدينا به .

ونعـرض للمسـائل السابقة، بعضها إيجازا لندرتها، وبعضها تفصيلاً لأهميتها العملية على النحو الآتى :

المطلب الأول - الوفاء بمقابل

نصلن تعليق وتقسيم :

٢٦٢ - تنص المادة ٣٥٠ مدنى بأنه إذا قبل الدائن فى استيفاء حقه مقابلاً استعاض به عن الشىء المستحق قام هذا مقام الوفاء .

وتنص المادة ٣٥١ على أنه يسرى على الوفاء بمقابل، فيما إذا كان ينقل ملكية شىء أعطى فى مقابلة الدين أحكام البيع، وبالأخص ما تعلق منها بأهلية المتعاقدين وضمان الاستحقاق، وضمان العيوب الخفية، ويسرى عليه من حيث أنه يقضى الدين أحكام الوفاء وبالأخص ما تعلق منها بتعيين جهة الدفع، وانقضاء التأمينات .

وتعليقاً على النصين نرى بداية بأن الأصل أن المدين لا يجبر الدائن على قبول شىء غير محل الالتزام المتفق عليه؟، حتى لو كان هذا الشىء مساوياً له فى القيمة أو كانت له قيمة أعلى، إعمالاً لما ورد بالمادة ٣٤١ مدنى، ويستفاد ضمناً أن المدين يمكنه إذا قبل الدائن أن يقدم شيئاً غير المتفق عليه، بحيث تبرأ به ذمة المدين، هذا الشىء المتفق عليه يسمى المقابل ويقوم تقديم هذا الشىء مقام الوفاء وهذا هو ما يسمى الوفاء بمقابل dation en paiement وكان يمكن بنص المادة ٣٤١، التى لا تجبر الدائن على قبول شىء آخر خلاف المستحق - أصلاً - الاستغناء عن النص الوارد بالمادة ٣٥٠، التى أجازت الوفاء بمقابل أذا قبله الدائن، اعتباراً بأن النص الأخير، مفهوم المخالفة للنص الأول .

وعلى أية حال فإن الفرض الغالب للوفاء بمقابل أن يكون المدين ملزماً بدفع مبلغ نقدى يعجز عن دفعه فيقدم بدلاً منه شيئاً آخر كنقل ملكية شىء أو

حــق عيــنى أو قد يحدث العكس. ولذا فإن الوفاء بمقابل ينطوي على معنى الوفاء، وعلى معنى نقل الملكية فى آن واحد. والمشرع بالنصين يحدد شروط الوفاء بمقابل، وآثاره .

الفرع الأول - شروط الوفاء بمقابل

٢٦٣ - شــرطان لوجود الوفاء بمقابل : الأول الاتفاق على نقل ملكية شيء أو حق عينى عوضاً عن تنفيذ الالتزام. والمعنى أن الوفاء بمقابل يفترض من ناحية اتفاق الدائن والمدين عليه. فالقاعدة أنه لا يمكن إجبار الدائن على قبول العــوض. وإذا كـان المقابل بمقابل مرده اتفاق طرفيه. فيجب أن يتوافر فى الدائــن أهلــية اســتيفاء الدين. ويتوافر فى المدين أهلية وفاء الدين، وأهلية التصرف فى الشيء الذى يقدمه وفاء للدين ويلزم كذلك أن يكون للاتفاق على الوفاء بمقابل محل وسبب تتوافر شرائطها القانونية وأن تخلو إرادة كل منهما من عيوب الرضى .

ويجب من ناحية أخرى أن يكون محل الوفاء بمقابل نقل ملكية أو تقرير حــق عينى. وبذا لا يكون العوضى أو المقابل التزاما بعمل ولا بامتناع عن عمل، ولا نقل حق شخصى. وتفسير ذلك أن المدين لو قدم لدائنه مثلاً ديناً له فــى ذمة الغير عوضاً عن حقه لم نكن بصدد وفاء بمقابل، بل حوالة حق أو حتى إنابة فى الوفاء .

أما إذا كان الحق الشخصى قد اندمج فى سند لحامله، فتسليم السند بمثابة نقل ملكية .

وإذا قــام المديــن بتقديم عمل عوضاً عن الدين كنا بصدد تجديد للدين ولــيس وفاء بمقابل. فإذا قدم المقرض لدائنه عوضاً عن المبلغ النقدى، عمله

أو خبرته المهنية مقابل قيمة القرض، كنا بصدد تجديد انقضى فيه الدين الأصلي بالاتفاق ونشأ جديد باتفاق جديد محله العمل أو الخبرة التي تعهد بها المدين .

وإجمالاً، المقابل يجب أن يكون نقل ملكية أو حق عيني وإلا لم تكن بصدد وفاء بمقابل أما الشرط الثاني أن يكون الاتفاق على الوفاء بمقابل معاصرا لنقل الملكية أو الحق العيني أي يجب أن ينفذ الاتفاق بنقل الملكية فورا من المدين إلى الدائن. فإذا كان نقل الملكية مؤجلاً لم نكن بصدد وفاء بمقابل بل فيما سنرى محض تجديد للالتزام .

آثار الوفاء بمقابل :

٢٦٤ – الوفاء بمقابل مزدوج، له وجهان، فهو وفاء للدين تنطبق عليه لذلك أحكام الوفاء وهو كذلك ناقل للملكية، ويخضع فيها لأحكام البيع .

آثار الوفاء بمقابل باعتباره ناقلا للملكية :

٢٧٦ – إذا سلمنا بأن الوفاء بمقابل تمليك عيني مقابل دين، ترتبت عليه الآثار الآتية :

أ – إذا استحق المدين الموفي معدلاً نقدياً، كان حقه في استيفاء هذا المعدل مضمونا بامتياز البائع على هذا العقار .

ب – إذا اكتشف الدائن في المقابل " الموفى به " عيباً خفياً كان له الرجوع على المدين بضمان العيوب الخفية، كما يرجع المشترى على البائع بالمواد ٤٤٧ وما بعدها من القانون المدني .

ج – إذا كان الشيء المقدم مقابلا للوفاء عقاراً فإن الوفاء بمقابل لا يحتج به أي لا ينقل الملكية فيما بين المتعاقدين أو بالنسبة للغير إلا بتسجيل العقد الذي تضمن هذا الوفاء .

د – إذا استحق المقابل فى يد الدائن، بأن كان غير مملوك للمدين واسترده مالكه فإن الدين الأصلى لا يعود لأنه ينقضى بالوفاء. ولكن يكون للدائن الرجوع على المدين طبقاً لأحكام ضمان الاستحقاق فى عقد البيع – المادة ٤٤٣ مدنى .

وإجمالا تترتب على الوفاء بمقابل من زاوية أنه تمليك عينى ذات آثار البيع الناقل للملكية .

المطلب الثالث - التجديد

نصوص قانونية. تعليق وتقسيم :

٢٧٧ - التجديد la novation كما قدمنا، إحلال دين جديد محل الدين القديم يختلف عنه في المحل أو في المصدر أو في أحد طرفيه (أي الدائن، والمدين) .

وقد تناول المشرع التجديد بالمواد ٣٥٢ إلى ٣٦١ مدني، والأولى تتناول حالاته بتغيير المدين أو الدائن أو الدين، بينما تعرض المواد التالية لشروطه، وآثاره .

والرأي عندنا، أن التجديد - في نظام قانوني يجيز حوالة الحق، وحوالة الدين - نادر التطبيق عملاً. وتفسير ذلك أنه يجوز التعديل والتبديل في رابطة الالتزام دون أن تنقضي، إما بحوالة الحق، أو بحوالة الدين. والأولى بدلاً من التجديد بتغيير الدائن والثانية بديلاً عن التجديد بتغيير المدين .

فلا يبقى والحال هذه - من آثار التجديد سوى تغيير محل الدين [١] وفيها للوفاء بمقابل أن يقوم بذات الدور .

ونعرض بداية لشروط التجديد ثم آثاره .

أولاً - شروط التجديد :

٢٧٨ - التجديد أخذاً من المواد ٣٥٢ وما بعدها اتفاق جميع الأطراف عليه ولذا، يتعين أن تتوافر له جميع شرائط صحة الاتفاق. كما أنه لا يفترض بل

---

[١] ونسرة الالتجاء إلى تجديد رابطة الالتزام تنعكس على دراسته فلن نعرض له إلا بالإيجاز .

يجب أن يرد الاتفاق عليه صراحة أو أن يستخلص بوضوح من الظروف ولا يقوم التجديد إلا إذا حل التزام جديد محل التزام قديم مع الاختلاف بين الالتزامين فى عنصر جوهرى فإذا تخلف شرط من ذلك فلا يوجد تجديد .

الشرط الأول – وجود اتفاق على التجديد :

٢٧٩ – التجديد مصدرة اتفاق جميع الأطراف عليه، أى أطراف الالتزام القديم فى حالة التجديد بتغيير محل الدين أو مصدره .

وقد يدخل فى الاتفاق طرف أجنبى إذا كان التجديد بتغيير الدائن أو بتغيير المدين. فيتعين لذلك الحصول على رضاء هذا الأجنبى. واستثناء من ذلك يمكن أن يتم التجديد بتغيير المدين باتفاق الدائن مع المدين الجديد على أن يحل محل المدين القديم دون حاجة إلى رضاء هذا المدين – المادة ٣٥٢ مدنى .

ويشترط لصحة الاتفاق على التجديد سلامة الرضا من العيوب. وأهلية مباشرة الاتفاق على التجديد .

ونلفت النظر مرة أخرى بأن التجديد لا يفترض بل يلزم أن يكون الاتفاق عليه صريحا أو أن يستخلص بوضوح من الظروف وعند الشك يجب ترجيح أن الإرادة لم تتجه إلى التجديد. وبعبارة أخرى أن عبارات التجديد بطريقة غامضة تحتمل التأويل على معنيين، وجب صرفها إلى رفض التجديد

وقد أورد المشرع تطبيقين على اشتراط وضوح نية التجديد : الأول ورد بالمادة ٣٥٤/ ٢ بأن التجديد لا يستفاد من كتابة سند دين موجود قبل ذلك، ولا مما يحدث فى الالتزام من تغيير لا يتناول إلا زمان الوفاء أو مكانه أو كيفيته، ولا مما يدخل على الالتزام من تعديل لا يتناول إلا التأمينات أو سعر الفائدة كل هذا ما لم يوجد اتفاق بغيره .

والثانى، نصت عليه المادة ٣٥٥ بقولها. لا يكون تجديداً مجرد تقييد الالتزام فى حساب جار. وإنما يتجدد الالتزام إذا قطع رصيد الحساب وتم إقراره .

الشرط الثانى – إحلال التزام جديد محل التزام قديم :

٢٧٩ – والمتأمل بالشرط المذكور يرى أنه يفترض عناصر ثلاثة لا يتحقق بغيرها : الأول وجود التزام قديم يراد انقضاؤه بالتجديد. ولذا يجب أن يكون هذا الالتزام القديم قد نشأ عن عقد صحيح. فإن كان باطلاً. فلا يجوز تجديده أما إذا كان الالتزام القديم ناشئ عن عقد قابل للإبطال فلا يكون التجديد صحيح إلا إذا قصد بالالتزام الجديد إجازة العقد وأن يحل محله .

أما العنصر الثانى، فهو نشوء التزام جديد ويتفرع على ذلك أنه إذا كان الالتزام الجديد باطلاً لم يكن ثمة تجديد. أما إذا نشأ الالتزام الجديد من عقد قابل للإبطال فإن العقد يظل صحيح إلى أن يقضى بإبطاله. وكذلك يكون التجديد صحيحاً فإن حكم بإبطال العقد، اعتبر باطلا بأثر رجعى، ويكون التجديد كذلك باطلاً أى يعود الالتزام القديم بأثر رجعى .

وأخيراً يجب أن يحل الالتزام الجديد محل الالتزام القديم، والمعنى أنه لا يكفى لقيام التجديد انقضاء التزام وقيام التزام آخر. بل لابد أن يكون انقضاء الالتزام القديم موقوفاً على نشوء الالتزام الجديد .

الشرط الثالث – اختلاف الالتزام القديم عن الالتزام الجديد فى عنصر جوهرى :

٢٨٠ – والمعنى أن التجديد يكون إما بتغيير الدائن أو بتغيير المدين أو بتغيير الدين على المعنى الذى بسطناه آنفاً .

ثانيا – آثار التجديد :

التجديد، إيجازا انقضاء التزام قديم ونشأة التزام جديد يحل محله وبين أفول التزام وميلاد التزام آخر يحل محله يمكن القول بأن للتجديد أثر مسقط وأثر منشيء. ومؤدى الأثر المسقط، انقضاء الالتزام القديم بأصله، وتوابعه وضماناته بمعنى أنه إذا لم يقم المدين بوفاء الدين الجديد لم يكن للدائن أن يرجع على كفلاء الدين الأصلي ولا على الأموال التي كانت ضامنة له .

وبناء على الأثر المنشيء يولد دين جديد له خصائصه الذاتية منبته الصلة بالدين الأصلي. فإذا كان التجديد بتغيير الدائن فإن المدين لا يستطيع أن يحتج على الدائن الجديد بالدفوع التي كان يستطيع أن يتمسك بها في مواجهة الدائن الأصلي ما لم يكن الدين الأصلي مشوبا بسبب من أسباب البطلان .

كما أجاز المشرع اتفاق ذوي الشأن على استمرار التأمينات في الدين القديم لتضمن الدين الجديد – المادة ٣٥٧ – ٣٥٨ مدني. على تفرقة بين التأمينات العينية التي قدمها المدين. والتأمينات العينية التي يقدمها الغير. وفي الأولى لا يكون الاتفاق على نقل التأمينات العينية نافذا في مواجهة الغير إلا إذا تم مع التجديد في وقت واحد. مع مراعاة الأحكام المتعلقة بالتسجيل .

أما إذا كانت التأمينات مقدمة من الغير سواء كانت عينية أو شخصية فلا تنتقل إلى الالتزام الجديد إلا إذا رضي بذلك الكفلاء والمدينون المتضامنون .

المطلب الرابع - المقاصة

نصوص قانونية، تعليق وتقسيم :

٢٨١ - ثمـــان مــواد بالتقنين المدنى عرض فيها المشرع للمقاصة كطريق لانقضاء الالتزام تبدأ من المادة ٣٦٢ - وحدد شروطها بالمواد و ٣٦٢ إلى ٣٦٤ وهـــى أن يوجــد دينان متقابلان. وأن يتماثل الدينان فى المحل. وأن يكـــون كل من الدينين صالحاً للمطالبة به قضاءً. وأن يكون الدينان مستحقى الأداء وأن يكون الدينان قابلين للحجز .

كمـا بين المشرع بالفقرة الأولى من المادة ٣٦٥ كيفية وقوع المقاصة بقولـــه أن المقاصـــة لا تقع إلا إذا تمسك بها من له مصلحة فيها ولا يجوز النــزول عــنها قــبل ثــبوت الحق فيها. وفى الفقرة الثانية من نفس المادة. وبالمواد التالية حدد المشرع آثار المقاصة .

وترتيباً على ذلك نوزع دراستنا فى المقاصة على أفرع ثلاثة : الأولى فـــى شــروطها، والثانى عن كيفية وقوع المقاصة، ونخصص الأخير لبيان آثارها. لكننا نقدم لذلك بتحديد المقصود بالمقاصة وأنواعها .

الفرع الأول – المقصود بالمقاصة، أنواعها

٢٨٢ - المقاصـــة la compensation سبب من أسباب انقضاء الالتزام إذ ينقضـــى بها دينين متقابلين متماثلين بمقدار الأقل منهما عندما يصبح المدين دائنــا لدائنــه. فإذا كان (س) دائناً لـــ (ص) بـــ ١٠٠,٠٠٠ جنيه ثم اشترى الأول مـــن الــثانى بعد ذلك سيارته بمبلغ ٥٠,٠٠٠ جنيه فإن هذين الدينين ينقضـــيان فـــى حـــدود ٥٠,٠٠٠ جنيه فلا يبقى فى ذمة (ص) بعد ذلك إلا ٥٠,٠٠٠ جنيه فقط .

وتتمخض المقاصة فى النهاية عن انقضاء الدين الأقل بالكامل، وانقضاء الدين الأكبر جزئياً .

وثمـة فـرض آخر ينقضى فيه الدينين بالكامل إذا كانا عبارة عن مبلغ متساوى من النقود .

ومن زاوية أخرى، للمقاصة وظيفة مزدوجه : فهى من جهة طريقة من طرق الوفاء تقضى على الدين الأقل، وتقضى جزئياً على الدين الأكبر. وبذا لا يوفى من الدينين إلا ما زاد على ما انقضى بالمقاصة .

ولـذا توفـر المقاصـة فى استعمال النقود وحركتها وهى لذلك تقع في الأغلب فى المعاملات التجارية والمصرفية. وهناك غرفة للمقاصة بالبنوك وظيفتها إجراء المقاصة بين حقوق وديون المصارف فيما بينها .

والمقاصـة من جهة ثانية أداة للضمان حيث تخول الدائن الحق فى أن يسـتنزل مـن دينه ما يكون له من حق قبل الطرف الآخر. وإذا كان الدائن علـى هـذا الـنحو يستوفى حقه من دين فى ذمته لمدينه، فإنه بذلك يتفادى إعسـار المدين، أو مزاحمة غيره من الدائنين فى قسمة الغرماء. فتكون من هـذه الـزاوية أقرب إلى الرهن أو الامتياز. أنها تقترب فقط منهما لكنها لا تـرقى إلى أثرهما. إذ يظل الدائن بحاجة إلى التأمين العينى، يتوقى به خطر إعسار المدين فى حالات قد لا ينشأ فيها دين عليه لمدينه .

وتلفت النظر بأن جوهر المقاصة، كالدفع بعدم التنفيذ والحق فى الحبس أنـه لا يكون للدائن استيفاء حقه من مدينه إلا إذا نفذ ما هو مدين به لمدينه. وفـيما عـدا ذلك تختلف المقاصة عن الدفع بعدم التنفيذ فى نطاقها [١] وفى

---

[١] أحمد الزقرد / الوجيز فى التأمينات الشخصية والعينية / ص ٢٠٠٣ .

أثـــرها كذلك. فضلاً عن أن المقاصة سبب لانقضاء الالتزام بينما الحق فى الحبس والدفع بعدم التنفيذ وسيلتان لوقف التنفيذ مؤقتاً .

والمقاصـــة على نوعين اتفاقية مصدرها الاتفاق لا نص القانون وتسمى لذلـــك compensation conventionnelle . وفـــيها تـــتجه إرادة الدائن والمديـــن إلى تطبيق المقاصة رغم عدم اكتمال شرائطها القانونية كأن يتفقا علـــى المقاصة بين دين منجز، ودين حال، أو بين دين محله مبلغاً من النقود وآخـــر محلـــه شيء معين. والمقاصة الاتفاقية على عكس المقاصة القانونية ليس لها أثر رجعى يستند تاريخها إلى وقت الاتفاق عليها لا إلى تاريخ تقابل الدينين .

أمـــا المقاصة القضائية la compensation judicaire فتقع بواسطة القضـــاء وذلك فى حالات يمتنع فيها إجراء المقاصة القانونية. فقد يقع عملا أن يكون المدين مطالب قضاء بوفاء الدين. فيتمسك بحق له فى مواجهة الدائن رافـــع الدعـــوى، لكـــن هذا الحق متنازع فيه. ومثال ذلك أن يطالب البائع المستأجر بثمن المبيع قضاء، فيتبين المشترى حقه فى التعويض عن تعرض البائع له وذلك بطلب عارض. فإذا تبين للمحكمة بأن طلب المدعى عليه وهو المشترى ظاهر الجدية فلها أن تقف الفصل فى طلب المدعى بالثمن إلى حين تقدير قيمة التعويض المستحق عن الإخلال بالالتزام بعدم التعرض. وعندما يصـــبح حق المدعى عليه خالياً من النزاع تقضى فى طلب البائع والمشترى بحكم واحد وبأعمال المقاصة بين دين الثمن، ودين التعويض عن التعرض .

ونلفـــت النظر – بهذا الخصوص إلى مسائل أربع : الأولى أن المقاصة القضائية لا تقع إلا بعد أن يوقف القضاء الفصل فى طلب المدعى حتى يحقق فـــى طـــب المدعى عليه، ويقضى فى الطلبين معاً، وبإجراء المقاصة فيما

بيـــنهما والثانى – أن المقاصة القضائية – على ما سبق – ليست إلزاماً على المحكمة .

والثالثة أن المقاصة القضائية مقصور نطاقها على الحالة التى يكون فيها أحد الدينين متنازعاً فيه. لذا لا يستطيع القاضى مثلاً أن يجرى المقاصة بين ديــن حــال وديــن مؤجل والقول بغير ذلك حرمان للمدين من الأجل بدون مسوغ قانونى .

وأخــيراً فإن المقاصة القضائية تقع من تاريخ الحكم لا من تاريخ طلب المدعى عليه .. ويترتب عليها جميع آثار المقاصة القانونية . .

الفرع الثانى – شروط المقاصة

النصوص القانونية :

تعداد :

٢٠٨٣ – فــى المادة ٣٦٢ مدنى أن " للمدين حق المقاصة بين ما هو مستحق عليه لدائنه وما هو مستحق له قبل هذا الدائن ولو اختلف سبب الدينين إذا كــان موضوع كل منهما خالياً من النزاع مستحق الأداء، صالحاً للمطالبة به قضاء .

ولا يمنع المقاصة أن يتأخر موعد الوفاء لمهلة منحها القاضى أو تبرع بها الدائن .

بينما نصت المادة ٣٦٤/ ج بأن المقاصة لا تقع إذا كان أحد الدينين حقاً غير قابل للحجز .

وبحمل النص الأول على النص الثانى يبين بأن **شروط المقاصة هى :** أن يوجــد دينان متقابلان متماثلان، وأن يكون كل منهما صالحاً للمطالبة به قضاء، وأن يكونا خاليين من النزاع، مستحقى الأداء، قابلين للحجز .

الشرط الأول – التقابل بين الدينين :

٢٨٤ – المقصود بالتقابل، أن يكون كل من طرفى المقاصة دائناً ومديناً للطرف الآخر فى نفس الوقت، سواء كانا من مصدر واحد أو من مصدرين مختلفين. ولكن يجب أن يكون الدينان بين نفس الشخصين وبنفس الصفة

وتفريعا على ذلك لا مقاصة بين دين على الشرطة لأجنبى، وحق للشريك فى ذمة الأجنبى. ولا مقاصة بين دين للوصى على الغير، ودين للغير على القاصر .

الشرط الثانى – التماثل بين الدينين :

٢٨٥ – المقصود بالتماثل بين الدينين هو التماثل فى المحل ويتحقق ذلك إذا كان كلاهما من النقود أو من المثليات المتحدة فى النوع والجودة ولا تماثل بدون اتحاد الدينين فى النوع، والجودة .

ولا تقع المقاصة بين غير النقود والمثليات المتحدة فى النوع والجودة. فلا مقاصة بين التزام بعمل والتزام بعمل، ولا بالتزام بعمل والتزام بنقل ملكية .

الشرط الثالث – صلاحية كل من الدينين للمطالبة القضائية :

٢٨٦ – أى أنه يجب أن يكون كل من الدينين جائزاً اقتضاؤه جبراً على المدين ولذا، لا تقع المقاصة فى الديون الطبيعية، ولا بين دين مدنى ودين طبيعى .

الشرط الرابع – خلو الدينين من النزاع :

٢٨٧ – يجب أن يكون كل من الدينين خال من النزاع وهو لا يكون كذلك إلا إذا كان محقق الوجود، محدد المقدار .

ويتفرع على ذلك أنه لا يجوز أن يتقاص دين الأجرة مع دين ناشيء عن عمل ضار يتوقف على ثبوت مسئولية فاعله .

ولا يجوز أن يتقاضى دين معلوم المقدار بدين يتوقف تحديد مقداره على حكم القضاء، أو على تقرير الخبير، أو على تصفية الحساب .

الشرط الخامس – استحقاق الدينين للأداء :

٢٨٨ – يجب أن يكون كل من الدينين مستحق الأداء exigible على سند المقاصة وفاء جبرى ولا يمكن إجبار المدين على الوفاء إلا إذا حل أجل الاستحقاق .

وتفريع على ذلك لا مقاصة بين دين مؤجل ودين حال. ولا بين دينين مؤجلين. وعلى عكس ذلك يمكن إجراء المقاصة بين دين مؤجل أجلا قضائيا نظرة الميسرة وبين دين حال .

ولا مقاصة بين دين منجز، ودين معلق على شرط واقف لأن الالتزام الموقوف على شرط التزام غير مستحق .

الشرط السادس – قابلية كل من الدائنين للحجز :

٢٨٩ – لا تقع المقاصة إذا كان أحد الحقين لا يجوز الحجز عليه و تفسير ذلك إن المشرع بمنعه الحجز على حق ما يقصد أن يكون هذا الحق خالصا لصاحبه، وفى إجازة المقاصة حرمان له. وبذا لا مقاصة مثلاً بين أجر العامل فى الجزء غير القابل للحجز، ودين مقابل لصاحب العمل ولا مقاصة بين حق الزوجة فى النفقة، وحق للزوج فى مواجهة زوجته .

وفيما عدا ذلك، يجوز للمدين أن يتمسك بالمقاصة ولو اختلف مكان الوفاء فى الدينين. وإن تعين عليه – فى هذه الحالة أن يعوض الدائن عما

لحقه من ضرر كعدم تمكنه بسبب المقاصة من استيفاء ماله من حق أو الوفاء بما عليه من دين في المكان الذي عين لذلك .

الشرط السابع – يجب ألا يكون أحد الدينين مما لا تجوز فيه المقاصة بحكم القانون :

٢٩٠ – وجدير بالملاحظة أن المشرع قد نص على حالات من الديون لا تجوز فيها المقاصة تتمثل فيما يلي :

أ – إذا كان أحد الدينين شيئاً نزع بدون حق من يد مالكه وكان مطلوباً رده والقول بغير ذلك يعني السماح للدائن بانتزاع حقه بيده من مدينه دون أن يلجأ للقضاء وهو ما لم يقل به أحد .

ب – كذا لا تجوز المقاصة إذا كان أحد الدينين شيئاً مودعاً أو معاراً عارية استعمال وكان مطلوباً رده. ومبرر ذلك أن الشيء المودع أو المعار أمانة تحت يد المودع لديه أو المستعير. وليس لأي منهما أن يخون الأمانة ثم يتمسك بالمقاصة .

الفرع الثالث – كيفية وقوع المقاصة

٢٩١ – أخذاً من المادة ٣٦٥ مدني فإن المقاصة لا تقع إلا إذا تمسك بها من له مصلحة فيها. ولا يجوز النزول عنها قبل ثبوت الحق فيها .

وبهذا، يجب لأعمال المقاصة التمسك بها. ولا يجوز النزول عنها مقدماً .

١ – وجوب التمسك بالمقاصة :

٢٩٢ – المقاصة إذا توافرت شروطها لا تقع تلقائياً. وإنما يلزم أن يتمسك بها من له مصلحة فيها، فإن لم يحصل ذلك بقي الدينان المتقابلان بلا انقضاء برغم توافر الشروط جميعها .

والمقاصة ليست من النظام العام، فلا يجوز للمحكمة أن تقضى بها من تلقاء نفسها بافتراض توافر شروطها. بل لا بد – كما قلنا – من تمسك صاحب المصلحة بها. أى المدين فى كل من الدينين المتقابلين ويمكن للكفيل كذلك التمسك بالمقاصة حتى ولو كان متضامناً مع المدين. إنما لا يجوز للمدين أن يطلب المقاصة بما يجب على الدائن للكفيل .

كما يمكن للمدين المتضامن أن يتمسك بالمقاصة التى تقع بين الدائن ومدين متضامن آخر. ولكن على ما أسلفنا بقدر حصة هذا المدين فى الدين التضامنى – المادة ٢٨٧ مدنى. ويجوز لحائز العقار المرهون التمسك بالمقاصة ضماناً لدين انقضى بالمقاصة .

فإذا تمسك صاحب الشأن بالمقاصة، وجب على القاضى الحكم بها إذا توافرت شروطها. والثابت أن حكم القاضى بالمقاصة كاشف لا مقرر. لذا سميت بالمقاصة القانونية ما دام أن المحكمة لا يمكنها رفض الحكم بها إذا توافرت شرائطها [1]. وتختلف لذلك عن المقاصة القضائية حيث يكون الحكم بها مقرراً لا كاشفاً. أى أن القضاء هو الذى ينشئها وذلك فى حالات لا تجوز فيها المقاصة لأن أحد الدينين غير موجود خال من النزاع .

والتمسك بالمقاصة أن يتم عن طريق الدفع exception أو الدعوى Action والمقصود بالأولى، أن يطالب الدائن مدينه قضاء بالدين، فيدفع

---

(1) يدل على ذلك عبارة المادة ٣٦٥/ ٢ – " ويترتب على المقاصة انقضاء الدينين بقدر الأقل منهما منذ الوقت الذى يصبحان فيه صالحين للمقاصة " أى وليس من وقت التمسك بالمقاصة ولذا ورد بالقانون الفرنسى أن المقاصة تقع بنص القانون de plein droit وهو تعبير مضلل حيث يوحى بأن للمحكمة إذا توافرت شروط المقاصة أن تحكم بها من تلقاء نفسها أو أن المقاصة تقع حتما إذا توافرت شرائطها. وهو غير صحيح إذ يجب على صاحب المصلحة أن يتمسك بها. فلا يمكن للقاضى أن يحكم بها من تلقاء نفسه .

المدين بالمقاصة بحقه قبل الدائن. إنما يمكن التمسك بالمقاصة عن طريق دعوى مبتدأه يرفعها صاحب المصلحة طالباً تقرير المقاصة بين دين عليه، وحق له .

وفى كل الحالات فإنه يمكن التمسك بالمقاصة فى أية حالة كانت عليها الدعوى أى ولو لأول مرة أمام محكمة الاستئناف، بل وعند الشروع فى التنفيذ .

٢ – النزول عن المقاصة :

٢٩٣ – ننوه بأمرين – فى هذا الخصوص : الأول أن المقاصة فيما قدمنا ليست من النظام العام، ولذا يكون لصاحب المصلحة التنازل عنها برغم توفر شرائطها القانونية ويتم التنازل عن المقاصة صراحة أو ضمناً لكن النزول عن المقاصة لا يفترض .

أما الأمر الثانى، فمحظور النزول عن المقاصة مقدماً أى قبل ثبوت الحق فيها حتى لا يصبح النزول عنها شرطاً مألوفاً أو دراجاً، وذلك حماية للمدين [١]. إنما لا يجوز النزول عن الحق فى التمسك بالمقاصة إضراراً بالغير. وتفسير ذلك أن المادة ٣٦٩ تقضى بأنه إذا وفىّ المدين ديناً وكان له أن يطلب المقاصة فيه بحق له فلا يجوز له أن يتمسك إضراراً بالغير بالتأمينات التى تكفل حقه إلا إذا كان يجهل وجود هذا الحق .

والنص على هذا النحو يفرق بين مسألتين : الأولى وفاء المدين بالدين مع علمه بوجود حق يجوز فيه المقاصة لكنه لا يتمسك بها وفى هذا الفرض إذ كان لمدينه كفلاء أو دائنون متأخرون عن الموفى فى درجة الامتياز أو

---

[١] عبدالمنعم البدراوى / ص ٤٣٨ / بند ٣٨٦ .

الرهـــن فلا يستطيع الموفىّ أن يتمسك قبل هؤلاء بالتأمينات التى تكفل حقه علــى سند بأنه كان بتمسكه بالمقاصة يمكنه إسقاط حقه مع دينه وتسقط تبعاً لذلــك التأمينات التى تكفل حقه فى مواجهة المدين. وبذا يتقدم درجة الدائنين المتأخريـــن عنـــيه. لـــذا لا يكــون للموفى، وقد نزل عن حقه عن التمسك بالمقاصة أن يتمسك بالتأمينات التى كانت تكفل حقه لأنها تضر بالغير .

أما المسألة الثانية، فهى وفاء المدين بدينه، وهو يجهل وجود حق له قبل مدينه، وفيها لا يسقط حقه عن التمسك بالتأمينات التى تكفل حقه .

الفرع الرابع – آثار المقاصة

تمهيد وتقسيم :

٢٩٤ – نوعان من الآثار تترتب على المقاصة : الأولى فيما بين المتعاقدين وتتمـــثل بأنها أداة وفاء مزدوج – كما أسلفنا – وهى لذلك تسقط الالتزامين المتقابلين، وتسقط معها التأمينات الضامنة لهما .

والثانـــية هـــى آثارها بالنسبة للغير، فيقرر المشرع عدم جواز التمسك بالمقاصة إضراراً بحقوق كسبها الغير، ومنع النزول عن التمسك بها إذا كان يضر بالغير وبين آثار المقاصة فى مواجهة المتعاقدين وآثارها بالنسبة للغير نوزع دراستنا على محورين .

المحور الأول – آثار المقاصة فيما بين المتعاقدين :

نصان، وتعليق :

٢٩٥ – فـــى آثار المقاصة تقضى المادة ٣٦٥/ ٢ مدنى بأنه " يترتب على المقاصـــة انقضـــاء الدينيـــن بقدر الأقل منهما منذ الوقت الذى يصبحان فيه صالحين للمقاصة، ويكون تعيين جهة الدفع فى المقاصة كتعيينها فى الوفاء".

ولقد رتب المشرع على ذلك فى المادة ٣٦٦ أنه إذا كان الدين قد مضت عليه مدة التقادم وقت التمسك بالمقاصة، فلا يمنع ذلك من وقوع المقاصة به رغم التمسك بالتقدم ما دامت المدة لم تكن قد تمت فى الوقت الذى أصبحت فيه المقاصة ممكنة " .

وتعليقاً على النصين نرى بأن الثانى محض تطبيق للأول. فالمقاصة فى النص الأول تنتج أثرها من حيث انقضاء الدين بأثر رجعى، يرتد إلى وقت توافر شروطها أى منذ وقت وجودهما معاً بمقدار الأقل منهما وليس من وقت التمسك بالمقاصة .

وإذا كان للمقاصة على هذا النحو – أثراً رجعياً. فإنه إذا كان التقادم لم يكتمل وقت تلاقى الدينين فلا يمنع وقوع المقاصة أن تكون مدة التقادم قد اكتملت وقت التمسك بها .

وآثار المقاصة بوصفها تقع من تاريخ اجتماع شروطها وليس من تاريخ التمسك بها ليست محصورة على ما ورد بالمادة ٣٦٦ مدنى بل تترتب على الأثر الرجعى للمقاصة نتائج أخرى منها :

إذا كان أحد الدينين أو كلاهما ينتج فائدة ثم وقعت المقاصة بينهما، فإن سريان الفوائد يقف بقدر ما انقضى منها بالمقاصة بأثر رجعى أى منذ وقت تلاقى الدينين وليس من وقت التمسك بها .

إذا كانت المقاصة – على ما قدمنا – وفاء فإنه يجرى بشأنها أحكام الوفاء عند تعدد الديون كما ينطبق عليها خصوصاً القواعد التى ذكرناها فى احتساب الخصم أو تعيين جهة الدفع. ولا نرى ما يدعو إلى تكرارها .

المحور الثانى – آثار المقاصة بالنسبة للغير :

٢٩٦ – نسارع للتنويه بأن آثار المقاصة بالنسبة للغير مقيدة بقيدين : الأول امتناع وقوع المقاصة إضراراً بالغير – والثانى عدم النزول عنها بما يؤدى كذلك للإضرار بالغير – ولمّا كنا قد تناولنا القيد الثانى بالدراسة، فلا يبقى سوى القيد الأول وفيه أخذاً من المادة ٣٦٧ مدنى لا يجوز أن تقع المقاصة أضراراً بحقوق كسبها الغير أى على الرغم من توافر شروطها. فإذا تعلق للغير حق بأحد الدينين يمنع من الوفاء به، فلا تجوز المقاصة لأنها عندئذ إضرار بحقوق الغير .

وقد أورد المشرع على ذلك تطبيقين : الأول إذا أوقع الغير حجزاً تحت يد المدين ثم أصبح المدين دائناً لدائنه فلا يجوز له أن يتمسك بالمقاصة إضراراً بالحاجز الذى تعلق حقه بالدين المحجوز عليه – المادة ٣٦٧ .

فإن كان (س) دائناً لـ (ص) بمبلغ نقدى ثم أوقع (ع) وهو دائن لـ (س) حجزاً تحت يد (ص) على هذا الدين فإن هذا الحجز يمنع (ص) التمسك بالمقاصة إذا نشأ له حق مقابل على (أ) ويشترط أن يكون الحجز قد وقع قبل تلاقى الدينين حتى يمكن استبعاد المقاصة. والعكس غير صحيح أما. أما التطبيق الثانى ففى نص المادة ٣٦٨ بأنه إذا حول الدائن حقه إلى الغير .

وقبل المدين الحوالة بدون تحفظ، فلا يجوز لهذا المدين أن يتمسك قبل المحال إليه بالمقاصة التى كانت له قبل الحوالة، فلا يكون له سوى الرجوع بحقه قبل المحيل. أما إذا كان المدين لم يقبل الحوالة ولكن أعلن بها فلا تمنعه هذه الحوالة من أن يتمسك بالمقاصة [١] .

---

(١) عبدالحى حجازى / ص ١١٢ – عبدالمنعم البدراوى / ص ٤٤١ / بند ٣٨٧ .

وقد يحتج على النص بأنه محض تطبيق لقاعدة أن المدين بقبوله الحوالة يعتبر متنازلاً عن التمسك بالمقاصة برغم توافر شروطها وهو جائز وتأكيداً لذلك فإن المدين الذى لم يقبل الحوالة، ولكن أعلن بها، فإن ذلك لا يمنعه من التمسك بالمقاصة اعتباراً بأن الإعلان عمل من جانب واحد لا يفترض به نزول المدين عن حقه فى التمسك بالمقاصة .

وفى كل الحالات، سواء كان أساس النص قاعدة عدم جواز وقوع المقاصة أضراراً بالغير أو قبول المدين للحوالة بلا تحفظ بمنعه من التمسك بالمقاصة. فالمهم أن المدين بعد قبوله الحوالة بلا تحفظ ممنوع عليه الاحتجاج بالمقاصة على المحال له بل يجب عليه الرجوع بما وفاه على المحيل .

المطلب الخامس - اتحاد الذمة

نص وحيد، وتطبيق نادر : [1]

٢٩٧ – نصت المادة ٣٧٠ مدنى على اتحاد الذمة كسبب لانقضاء الالتزام بما يعادل الوفاء – بقولها " إذا اجتمع فى شخص واحد صفتا الدائن والمدين بالنسبة إلى دين واحد، انقضى هذا الدين بالقدر الذى اتحدت فيه الذمة – وإذا زال السبب الذى أدى لاتحاد الذمة وكان لزواله أثر رجعى عاد الدين إلى الوجود هو وملحقاته بالنسبة إلى ذوى الشأن جميعاً، ويعتبر اتحاد الذمة كأن لم يكن " .

اتحاد الذمة la confusion إذن اجتماع صفتى الدائن والمدين بالنسبة إلى دين واحد [2]. ولذا يختلف من هذه الزاوية عن المقاصة التى يميزها

---

[1] ودراسة موجزة .

[2] وتوزعت الآراء فى طبيعة اتحاد الذمة على نظريتين : الأولى تنحو لاعتبار اتحاد الذمة لا يقضى على الالتزام. بل يعوق تنفيذها على سند من القول بأن الالتزام فيه عنصرين المسئولية والمديونية. فإذا اتحدت الذمة نشأ عن ذلك حالة شاذة أن يكون للشخص فى مواجهة نفسه مسئولية مالية وهو غير جائز لأنه بعد اتحاد الذمة لا يملك سوى ذمة واحدة فينقضى عنصر المسئولية ويبقى عنصر المديونية كالالتزام الطبيعى تماماً. أما النظرية الثانية فيتجه أنصارها إلى اعتبار اتحاد الذمة سبب لانقضاء الالتزام على خلاف بينهم فى أساس ذلك. فالبعض على أنه وفاء حكمى والبعض على أنه حال خاصة من حالات انقضاء الالتزام يرجع إلى ظروف تكوينه ولا تسعفنا المذكرة الإيضاحية لنص المادة ٣٧٠ فى تحديد طبيعته حيث فيها " أن اتحاد الذمة أقرب فى حقيقته إلى شل حكم الاستحقاق وهو المطالبة منه إلى معنى الانقضاء .

فالالتزام يعود إلى الوجود إذا زال السبب الذى أدى إلى اتحاد الذمة زوالاً مستنداً – المذكرة الإيضاحية تعليقاً على نص المادة ٣٧٠ من القانون المدنى / ح ٣ / ص ٢٩١ وما بعدها. مع ذلك فما ورد بالمذكرة الإيضاحية للنص يتناقض وعبارات النص الصريحة بأن اتحاد الذمة يترتب عليه انقضاء الالتزام .

وجـــود شخصين بينها التزامان متقابلان أى عندما يصبح المدين دائناً لدائنه أمـــا اتحـــاد الذمة فشخص واحد، ودين واحد كوفاة الدائن الذى يرثه المدين واتحاد الذمة أكثره يقع بسبب الميراث، لكنه يمكن أن يتم بين الأحياء، بما فى ذلك مثلاً أن تشترى الشركة الصكوك التي سبق أن أصدرتها. لكنه نادر فى الواقـــع العملى، نظراً لطبيعة تكوينه من ناحية، ولأن قاعدة لا تركه إلا بعد سداد الديون تمنعه إذا تحقق بسبب الميراث. ذلك أنه إذا توفى المدين وورثة الدائـــن، كانـــت التركة هى المدينة للوارث، الذى يحق له استيفاء دينه منها وبـــذا ينقضـــى حـــق الوارث الدائن بالوفاة وليس باتحاد الذمة ثم يؤول إليه نصيبه فى التركة خالياً من الديون إعمالاً لفقه الشريعة الإسلامية .

ولا يتحقق اتحاد الذمة إلا بشرطين : الأول أن تجتمع فى شخص واحد صـــفتى الدائن والمدين بالنسبة إلى نفس الدين – والثانى ألا يكون ثمة مانع قـــانونى يمنع من تحققه. والأول لا يتوافر إلا إذا أصبح الشخص دائناً لنفسه ومدين نفسه أما الثانى فمقصود منه قاعدة لا تركة إلا بعد سداد الديون حيث يكون الوارث دائناً للمورث .

والأثـــر المترتب على اتحاد الذمة انقضاء الدين بالقدر الذى اتحدت فيه الذمة وكما يقع اتحاد الذمة فى الدين بتمامه، يمكن كذلك أن يتم فى جزء من الدين .

وســـبب انقضاء الدين باتحاد الذمة أنه ليس من المنطقى أو من المعقول أن يطالـــب الإنسان نفسه، فاتحاد الذمة بطبيعة تكوينه الشاذ مانع طبيعى من اقتضاء الدين .

أمـــا إذا زال السبب الذى أدى لاتحاد الذمة وكان لزواله أثر رجعى [1] عـــاد الديـــن إلى الوجود هو وملحقاته بالنسبة إلى ذوى الشأن جميعاً ويعتبر اتحاد الذمة كأن لم يكن .

[1] المقصود البطلان . والفسخ .

المبحث الثالث – انقضاء الالتزام بدون وفاءً

تمهيد وتقسيم :

٢٩٨ – قدمنا بأن الوفاء محض تنفيذ عيني ينقضي به الالتزام. وكان الفرض – والحال هذه أن يكون موقعه آثار الالتزام لا أسباب انقضائه. كذا فإن ثمة طرق ينقضي بها الالتزام بما يعادل الوفاء أو بما يقوم مقام الوفاء بما فيها التجديد والمقاصة، واتحاد الذمة، والوفاء بمقابل .

وثمة طرق أخرى ينقضي لها الالتزام بدون وفاء أصلاً. وهي في نظرنا المعنى الضيق لانقضاء الالتزام [١] هي الإبراء، واستحالة التنفيذ، والتقادم المسقط ففي الإبراء ينزل الدائن بلا مقابل لمدينه عن حقه. أنه عمل من أعمال التبرع ينقضي به الالتزام. أما استحالة التنفيذ فسبب لانقضاء الالتزام بسبب أجنبي لا يد للمدين فيه. أما التقادم المسقط فينقضي به الالتزام بمضي المدة التي يحددها القانون لسقوط الالتزام .

وقد تناول التقنين المدني أسباب انقضاء الالتزام بالمواد ٣٧١ إلى ٣٨٨ بالفصل الثالث من الباب الخاص بانقضاء الالتزام .

ونعرض لانقضاء الالتزام بلا وفاء على الترتيب الآتي :

١ – الإبراء .

٢ – استحالة التنفيذ .

٣ – التقادم المسقط .

---

(١) أو هي الانقضاء الحقيقي للالتزام بلا وفاء، ولا ما يعادل الوفاء – كتجديد أو مقاصة أو اتحاد الذمة .

المطلبُ الأول – الإبراء

نصان، وتعليق :

٢٩٩ – فـي*اعتبار الإبراء سبب لانقضاء الالتزام بدون وفاء نصت المادة ٣٧١ مدنـي علـى أنـه ينقضى الالتزام إذا أبرأ الدائن مدينه مختاراً، ويتم الإبراء متى وصل إلى علم المدين، ويرتد برده .

وعـن شروط الإبراء تقول المادة ٣٧٢ – يسرى على الإبراء الأحكام الموضـوعية التى تسرى على كل تبرع – ولا يشترط فيه شكل خاص ولو وقع التزام يشترط لقيامه توافر شكل فرضه القانون أو اتفق عليه المتعاقدان .

وبحمـل الـنص الأول على الثانى يتضح بأن الإبراء la remise de Dette عمل من أعمال التبرع. حيث ينقضى الالتزام بنزول الدائن عن صفة الدائنية. وكان ثمة رأى مزجوج ينحو لاعتبار أن الإبراء تصرف قانونى من الحالتيـن استنادا إلى العبارة الواردة بالمادة ٣٧١. ويتم الإبراء متى وصل إلى علم المدين. ويرتد برده. فالمدين إذا سكت، فإن سكوته يعتبر قبولاً، ذلك أن الإيجـاب يمخض عن منفعة خالصة له – المادة ٩٨/ ٢ مدنى وبذا يكون الإبـراء تصـرفاً مـن الجانبين وليس تصرفاً من جانب واحد [١] والمتأمل بالـنص يرى أنه الإبراء تصرف من جانب الدائن وحده ينقضى به الالتزام أمـا الـرد الذى يصدر من المدين، فلا أثر له إيجابى بل هو نوع من نزول المدين عن الإبراء. فهو يتم دون حاجة إلى قبول من جانب المدين .

فإذا انتهينا بأن الإبراء تبرع تسرى عليه الأحكام الموضوعية للتبرعات فثمة رأى آخر يعبران الإبراء يمكن أن يتم معاوضة، وهو خلط بين الإبراء

---

(١) عبدالمنعم البدراوى / ص ٤٥٤ / بند ٣٩٥ .

الـذى به ينقضى الالتزام بتنازل الدائن عن حق الدائنية وبين الوفاء بمقابل ذلك أن الدائن إذا نزل عن حقه للمدين بمقابل لا نكون بصدد إبراء، بل وفاء بمقابل أو حتى تجديد للدين بتغيير محله أو حتى مقاصة لكننا لا نكون بصدد إبراء لذا فإن الإبراء تبرع، ينتفى منه المقابل .

وشـروط الإبـراء شكلية، وموضوعية – ومن حيث الشكل لا يخضع الإبـراء لأى شرط شكلى ولا يغير من ذلك أن يكون الدين محل الإبراء قد نشأ من عقد كان يشترط القانون أو الطرفان لانعقاده شكلاً معيناً .

وإذا وقـع الإبراء فى صورة وصية لا تنفذ إلا بعد الوفاة، أخذ الإبراء حكم الوصية فتنطبق عليه قواعدها من حيث الشكل والموضوع .

أمـا مـن حيـث الموضوع، فيسرى على الإبراء الأحكام الموضوعية لتبرعات فلابد من صدور الإرادة خالية من العيوب، ومن شخص تتوافر له أهلية التبرع وهى أبعد مدى من أهلية المعاوضات .

وفـى كـل الحالات فإن الإبراء لا يفترض، لكن يجوز استخلاصه من عمل يقطع به .

والإبـراء بوصـفه تصـرفاً قانونـياً يخضع للقواعد العامة فى إثبات التصـرفات القانونـية أى بالكتابة إذا تجاوزت قيمة الديون خمسمائة جنيهاً وبالبينة والقرائن إذا لم يتجاوز الدين هذا القدر .

وأخـيراً فـإن الإبراء إسقاط للدين بالقدر الذى تناوله، والمقصود الدين وتوابعـه وتجميع التأمينات الضامنة له سواء كانت عينية أو شخصية. أخذاً من قاعدة مفادها أن سقوط الأصل سقوط بالتبعية للفرع .

المطلب الثانى – استحالة التنفيذ

٣٠٠ – بالمادة ٣٧٣ أن الالتزام ينقضى إذا أثبت المدين أن الوفاء به أصبح مستحيلاً عليه لسبب أجنبى لا يد له فيه .

وباستحالة تنفيذ الالتزام بسبب أجنبى لا يد للمدين فيه ينقضى الالتزام وتبرأ ذمة المدين فيه حيث لا يكلف شخص بمستحيل .

ولمَّا كانت الاستحالة لسبب لا يد للمدين، فإنه لا يلتزم بالتعويض ولذا فاستحالة التنفيذ تقضى على الالتزام برمته وتبرأ به – كما قلنا ذمة المدين ويتحمل الدائن تبعة الهلاك فى العقود الملزمة لجانب واحد والمدين فى العقود الملزمة للجانبين .

ونعرض بداية لشروط انقضاء الالتزام لاستحالة التنفيذ :

أولاً – شروط انقضاء الالتزام لاستحالة تنفيذه :

٣٠١ – شرطان فقط، حتى ينقضى الالتزام باستحالة تنفيذه : الأول أن يكون تنفيذ الالتزام مستحيلاً لا مرهقاً. فالأثر المترتب على استحالة التنفيذ. انقضاء الالتزام وبراءة ذمة المدين. أما الأثر المترتب على الالتزام المرهق تخفيف العبء عن المدين بتخويل المحكمة سلطة رد الالتزام إلى الحد المعقول بزيادة التزامات الدائن، أو بتخفيف العبء عن المدين أو بمنح المدين أجلاً للسداد. لكن الالتزام المرهق لا يؤدى إلى انقضاء الالتزام .

والمقصود باستحالة التنفيذ التى ينقضى بها الدين، الاستحالة المطلقة لا النسبية والأولى تقوم بالنسبة للناس كافة، أما الثانية فلا تتعلق سوى بشخص المدين .

ويستوى بعد ذلك أن تكون الاستحالة بالمعنى الذى بسطناه – مادية كهلاك المبيع قبل تسليمه فى عقد البيع، أو استحالة قانونية كنزع ملكية العقار الذى التزم المدين بنقل ملكية .

والشرط الثانى أن يكون مرد الاستحالة سبباً أجنبياً لا يد للمدين فيه فإذا كانت الاستحالة ترجع لخطأ المدين، لا ينقضى الالتزام، ويتعين تنفيذه عن طريق التعويض .

ويقصد بالسبب الأجنبى، القوة القاهرة، أو الخطأ الدائن نفسه أو خطأ الغير [1] وفى كل الحالات يقع عبء إثبات السبب الأجنبى على عاتق المدين.

ومع ذلك إذا التزم المدين أن ينقل حقاً عينياً أو أن يقوم بعمل، وتضمن التزامه أن يسلم شيئاً ولم يقم بتسليمه بعد أن إعذر فإن هلاك الشىء يكون عليه ولو كان الهلاك قبل الإعذار على الدائن أى أن الالتزام فى الفرض السابق لا ينقضى باستحالة التنفيذ التى تقع بعد الإعذار بل ينقلب محله إلى تعويض. ومع ذلك فإن الالتزام ينقضى حتى ولو كان الدائن أعذر المدين قبل وقوع سبب الاستحالة إذا أثبت المدين أن الشىء كان يهلك كذلك عند الدائن حتى ولو أنه تسلم الشىء وفى ذلك نقض الفقرة الثانية من المادة ٢٠٧ مدنى بأن الهلاك لا يكون على المدين، ولو أعذر إذا أثبت أن الشىء كان يهلك كذلك عند الدائن لو أنه سلم إليه ما لم يكن المدين قد قبل أن يتحمل تبعه الحوادث المفاجئة .

---

[1] ونحيل فى تفاصيلها لمؤلفنا فى المسئولية المدنية والإثراء بلا سبب / ط ٢٠٠٥ .

ثانياً – الآثار الناشئة عن استحالة التنفيذ :

٣٠٢ – إذا توافر الشرطان السابقان، انقضى الالتزام، وبرئت منه ذمة المدين فلا ينفذ التزامه عيناً لأنه مستحيل، ولا يلتزم بالتعويض لأنه لم يخطئ ما لم يتفق على عكس ذلك. أى بأن يتحمل المدين تبعة السبب الأجنبى .

وإذا انقضى الالتزام باستحالة التنفيذ، انقضت معه توابعه والتأمينات الضامنة له سواء كانت عينية أو شخصية وكذا الدعاوى التى كانت للدائن. بما فى ذلك دعوى التعويض عن الهلاك ومبلغ التأمين إذا كان الشيء الهالك مؤمناً عليه. أى ينقل المدين إلى الدائن حقه عن التعويض أو فى مبلغ التأمين.

وإذا لم يكن الهلاك كلياً، التزم المدين أن يسلم إلى الدائن الجزء الذى لم يهلك من الشيء. فالاستحالة تقدر بقدرها. وإن كانت مؤقتة فإنها لا تقضى على الالتزام بل توقف سريانه، لينفذ بعد زوالها .

وقد أسلفنا بأن تحمل تبعة الاستحالة بسبب أجنبى فى العقود الملزمة لجانب واحد على الدائن، وعلى المدين إذا كان العقد ملزماً للجانبين .

المطلب الثالث – التقادم المسقط

نصوص قانونية، تعليق وتقسيم :

٣٠٣ – تناول المشرع بالمواد ٣٧٤ إلى ٣٨٨ أحكام التقادم المسقط. فنصت الأولى بأنه " يتقادم الالتزام بانقضاء خمس عشرة سنة فيما عدا الحالات التى ورد عليها نص خاص فى القانون وفيما عدا الاستثناءات التالية " وتقرر المادة ٣٨٦ على أنه يترتب على التقادم انقضاء الالتزام ومع ذلك يتخلف فى ذمة المدين التزام طبيعى .

وتبين مدد التقادم وكيفية حسابها، وأثر التقادم وكيفية إعماله نوزع دراستنا. لكننا نقدم لها بتحديد معنى التقادم المسقط، وأساسه القانونى :

أولا – ماهية التقادم المسقط، أساسه القانونى :

٣٠٤ – التقادم المسقط prescription extinctive ، سبب حقيقى ينقضى بـه الالتزام بلا وفاء، ولا بما يعادل الوفاء، ولكن بمرور المدة التى يحددها القانون لاستحقاق الالتزام .

التقادم المسقط يفترض بداية، عدم مطالبة الدائن بالدين فى تاريخ استحقاقه كما يفترض مضى زمن معين من تاريخ الاستحقاق. فإن مضى الزمن المذكور أمكن للمدين دفع مطالبة الدائن بالتمسك بالتقادم المسقط .

وثمة فرق بين التقادم المسقط، والتقادم المكسب. فالأول تنقضى به الالتزامات أو الحقوق الشخصية، فيما ينطبق على الحقوق العينية نوعى التقادم المسقط والمكسب ولا يستثنى من ذلك سوى حق الملكية الذى لا ينقضى بالتقادم المسقط .

والمشـــرع بالـــتقادم المســـقط يواجه موقفاً سلبياً للدائن، هو قعوده عن المطالـــبة بحقـــه – بينما يواجه بالتقادم المكسب موقفاً إيجابياً هو الحيازة أو وضع اليد ويجمع بين نوعى التقادم عنصر جوهرى هو مضى الزمان الذى ينقضى به الحق.

ولـــيس ثمة أساس قانونى بحت يقوم عليه التقادم، فالمشرع فى تنظيمه للـــتقادم يصدر عن اعتبارات مختلفة فأحياناً يكون مدفوعاً لوضع حد للنزاع عندما يكون الدائن قد أضاع على نفسه مدة طويلة كانت تكفيه لاستيفاء حقه.

وأحـــياناً يقوم التقادم على افتراض حصول الوفاء أو على قرينة الوفاء وهـــى قريـــنة بسيطة يمكن إثبات عكسها بما فى ذلك التقادم الحولى وأحياناً تـــبرر مقتضـــيات التقادم تخفيف العبء عن المدين عندما تتراكم عليه فوائد رأس المال، فيجعل مدة تقادم الفوائد أقصر من مدة تقادم رأس المال.

وأساس التقادم إجمالاً المصلحة الاجتماعية العامة التى تقضى بأن الحق لا يجـــوز استعماله بعد تركه مدة معينة من الزمن وضمان الوضع المستقر من شأنها عدم تمكين الدائن من مطالبة مدينه بدين مضى على استحقاقه مدة طويلة من الزمن.

ثانياً – مدد التقادم، حسابها، ووقفها، وانقطاعها :

١ – التقادم العادى، استثناءات :

٣٠٥ – تـــنص المادة ٣٧٤ على أنه " يتقادم الالتزام بانقضاء خمس عشرة ســـنة فـــيما عدا الحالات التى ورد عنها نص خاص فى القانون، وفيما عدا الاستثناءات التالية :

القـــاعدة العامة فى التقادم إذن خمس عشرة سنة من زاويتين : الأولى أنهـــا تنطبق على جميع الحقوق وجميع الدعاوى التى لم ينص لها على تقادم

آخر – والثانية أنها يجوز التمسك بها عند تخلف أحد شروط التقادم الأخرى الخمسى، أو الثلاثى أو الحولى .

وثمة استثناءات عدة على القاعدة العامة فى التقادم، ورد بعضها فى نصوص متفرقة وبعضها الآخر فى النصوص الخاصة بالتقادم المسقط .

ومن الحالات التى وردت فى نصوص متفرقة سقوط الحق فى طلب إبطال العقد بمضى ثلاث سنوات بالمادة ١٤٠ مدنى، وسقوط دعوى التعويض عن الإثراء بلا سبب، وتطبيقه فى دفع غير المستحق والفضالة بمضى ثلاث سنوات. المواد ١٨٠ ، ١٨٧ ، ١٩٦ مدنى ودعوى التعويض عن العمل غير المشروع بثلاث سنوات فى المادة ١٧٢ مدنى – ولن نعرض لها .

أما الاستثناءات التى ورد النص عليها فى باب التقادم ونتناولها تفصيلاً فهى التقادم الخمسى، والتقادم الثلاثى، والتقادم الحولى .

أولاً – التقادم الخمسى :

٣٠٦ – المقصود بالتقادم الخمسى ما يكون مدته خمس سنوات، وينصب على ثلاثة أنواع من الحقوق : الحقوق الدورية المتجددة، حقوق بعض أصحاب المهن الحرة والحقوق الناشئة من الأوراق التجارية .

١ – تقادم الحقوق الدورية المتجددة :

٣٠٧ – تقضى المادة ٣٧٥ مدنى بأنه يتقادم بخمس سنوات كل حق دورى متجدد ولو أقر به المدين كأجرة المبانى، والأراضى الزراعية ومقابل الحكر وكالفوائد والإيرادات المرتبة والمهايا والأجور والمعاشات .

ولا يسقط الريع المستحق فى ذمة الحائز سيء النية ولا الريع الواجب على ناظر الوقف أداؤه للمستحقين إلا بانقضاء خمس عشرة سنة .

يشـــترط لإمكان سقوط الحق بالتقادم الخمسى أن يكون هذا الحق دورياً périodique ومـــتجدداً rénouvelable وهو ما ينطبق على العقود الزمنية أو عقود المدة، أى التى يكون الزمن فغيها عاملاً جوهرياً. بما فى ذلك أجرة المـــبانى، والأراضـــى الزراعـــية، والفوائـــد والإيرادات المرتبة لدى حياة صاحبها. وكذلك المهايا والأجور .

يكـــون الحق دورياً إذن إذا كان يستحق فى مواعيد معينة عدة مرات – كأسبوع أو كل شهر، أو كل سنة ...

والدوريـــة قد تتحدد بالتفاق كما فى الأجرة أو المرتب. أو بنص القانون كالفوائد القانونية. والمعاشات ودين النفقة .

أمـــا التجدد فمعناه أن يكون الحق قابلاً لأن يتكرر إلى مالا نهاية ما دام مصدره موجوداً على أن يكون فى كل مدة حقاً قائماً مستقلاً بذاته .

ولـــذا يختلف الحق المتجدد عن الحق المقسط على عدة أقساط. والثانى دورى لأنـــه يستحق فى مواعيد معينة لكنه ليس متجدداً لأنه لا يقبل التكرار إلى مالا نهاية بل محدود بكمية الحق أى أنه إذا كان أساس التجدد المدة فإن الأساس فى الحق المقسط هو الكمية [1]. ولذا يخرج الدين المقسط من التقادم الخمسى ونلفت النظر إلى مسألتين : الأولى أن طائفة الحقوق الواردة بالنص على أنها دورية ومتجددة ليست على سبيل الحصر، بل على محض أمثلة .

والثانـــية أنه ليس من الضرورى أن يكون الحق الدورى والمتجدد حقاً ثابـــتاً فى مقداره فقد يتغير هذا المقدار، ومع ذلك ينفى الحق كذلك ويخضع

---

(1) حيث تنقضى بدفع آخر قسط .

للتقادم الخمسي. ويضرب الفقه مثلاً على ذلك بريع الأسهم على أنه دورى ومتجدد بالرغم أنه يختلف من عام إلى آخر .

وإنما يثور التساؤل عن الأساس القانوني للتقادم الخمسي ؟ ونبادر بالإجابة أن أساسها ليس قرينة الوفاء كما هو الحال في التقادم الحولي، بل يقوم التقادم الخمسي على أساس أن الوضع العادى للأمور قيام المدين بالوفاء بديونه الدورية والمتجددة من إيراده. فلو أجبر على الوفاء، تراكم من هذه الديون بعد انقضاء خمس سنوات من تاريخ استحقاقها فإنه تكليف بما لا يطاق .

لذلك قصر المشرع حق الدائن في المطالبة بها على خمس سنوات. فإذا انقضت هذه المدة دون أن يطلب الدائن بها سقط حقه في الأداء ولو أقر به المدين .

وترتيباً على ذلك لا يجوز وقف التقادم الخمسي حتى لا تضيع الحكمة من تقريره. وإن كانت مدة التقادم الخمسي يقبل الانقطاع. وبه لا يكون الدائن قد أهمل الدين وتركه يتراكم .

ويستثنى من التقادم الخمسي للحقوق الدورية والمتجددة الريع المستحق في ذمة الحائز سيء النية حيث أنه لا يستحق بوصفه ديناً دورياً ومتجدداً بل بوصفه تعويضاً لما فات الدائن من انتفاع وبذا تنطبق عليه القاعدة العامة في التقادم وليس التقادم الخمسي .

٢ - حقوق بعض أصحاب المهن الحرة :

٣٠٨ - تنص المادة ٣٧٦ مدني على أنه " تتقادم بخمس سنوات حقوق الأطباء والصيادلة، والمحامين والمهندسين والخبراء ووكلاء التفليسة

والسماسرة والأساتذة والمعلمين على أن تكون هذه الحقوق واجبة لهم جزاء ما أدوه من عمل من أعمال مهنتهم وما تكبدوه من مصروفات " .

والمتأمل بالنص يرى بأن حقوق أصحاب المهن الحرة لا تتقادم بخمس سنوات إلا بشرطين : الأول أن يكون الحق واجباً لأى من الأشخاص الوارد ذكـرهم من النص على سبيل الحصر والثانى، أن يكون الحق مقابل ما أداه هـؤلاء من عمل من أعمال مهنتهم وما تكبدوه من مصروفات. وهو شرط منطقى، فـإن كـان مصـدر الحق واقعة أخرى، سقط بالتقادم العادى لا الخمسى، كأن يقترض الطبيب أو الصيدلى .

ومـن المسلم به أن أساس التقادم فى هذا الفرض – قرينة الوفاء بحيث يمكن للمدين إثبات عكسه، فينقلب إلى تقادم عادى .

ويترتـب علـى قيام التقادم بالنسبة لأصحاب المهن الحرة على قرينة الوفاء أنه لا يكون قابلا للوقف .

وننبه بأن التقادم فى أى من الحقوق السابقة يبدأ سريانه من الوقت الذى يتم فيه الدائنون تقدماتهم، ولو استمروا يؤدون تقدمات أخرى. فإن كان حق للطبيب نشأ بسبب قيامه بعملية جراحية – فإن التقادم يسرى بالنسبة إلى هذا الحق من وقت انتهاء العلاج .

٣ – الحقوق الناشئة من الأوراق التجارية :

٣٠٩ – الحقـوق التجارية التى تسقط بالتقادم الخمسى إعمالاً لأحكام القانون التجارى هى الكمبيالات، والسندات الإذنية أو السندات لحاملها، والكمبيالات التى ينقصها بعض الشروط .

وأســاس الــتقادم هو افتراض الوفاء لذا فهو لا يقبل الوقف، وإن أمكن انقطاعــه بحيــث إذا انقطــع يــبدأ تقادم جديد يسرى من وقت انتهاء الأثر المترتب على سبب الانقطاع .

- التقادم الثلاثي :

٣١٠ - تــتقادم بــثلاث سنوات الضرائب والرسوم المستحقة للدولة. ويبدأ ســريان التقادم في الضرائب والرسوم السنوية من نهاية السنة التي تستحق عنها. وفي الرسوم المستحقة عن الأوراق القضائية من تاريخ انتهاء المرافعة فــي الدعوى التي حررت في شأنها هذه الأوراق، أو من تاريخ تحريرها إذا لم تحصل مرافعة .

كمــا يــتقادم بــثلاث ســنوات كذلك الحق في المطالبة برد الضرائب والرسوم التي دفعت بغير حق ويبدأ سريان التقادم من يوم رفعها .

- التقادم الحولي :

٣١١ - أخــذاً مــن المــادة ٣٧٨ تتقادم الحقوق الآتية بسنة واحدة : حقوق الــتجار والصناع عن أشياء وردوها لأشخاص لا يتجرون في هذه الأشياء. وحقــوق أصحاب الفنادق والمطاعم عن أجر الإقامة وثمن الطعام، وكل ما صرفوه لحساب عملائهم .

وكــذا يــتقادم بسنة واحدة حقوق العمال والخدم، والإجراء عن أجور يومية وغير يومية ومن ثمن ما قاموا به من توريدات .

ويجــب على من يتمسك بأن الحق قد تقادم بسنة أن يحلف اليمين على أنــه أدى الدين فعلاً. وهذه اليمين يوجهها القاضي من تلقاء نفسه وتوجه إلى ورثــة المدين أو أوصيائهم إن كانوا قصراً بأنهم لا يعلمون بوجود الدين أو يعلمون بحصول الوفاء .

طوائـف ثلاث إذن من الحقوق تتقادم نسبة واحدة : الأولى هى حقوق التجار والصناع عن أشياء وردوها لأشخاص لا يتجرون فى هذه الأشياء .

ويشترط لتطبيق ذلك (أ) أن يكون صاحب الحق تاجراً - بالمعنى الذى عليه القانون التجارى - أو صانعاً .

ب - أن تكون الأشياء التى وردها التاجر أو الصانع تتعلق بتجارته .

ج - وأن تكـون وحـدة الأشياء تم توريدها لأشخاص لا يتجرون فى هذه الأشـياء أما الطائفة الثانية من الحقوق التى تتقادم حولياً - فى النص : فهى حقوق أصحاب الفندق عن أجر الإيواء، أو الإقامة، وأصحاب المطاعم عن ثمن الطعام، وكل ما صرفوه لحساب عملائهم .

فالتـقادم الحولـى - فى هذه الحقوق - لا يلحق أجر الإقامة ولا ثمن الغـذاء فقـط بل يشمل مصروفات أخرى تم إنفاقها على العملاء. كخدمات الترقية والغسيل التى يقدمها الفندق لعملائه .

وأخـيرا يتقادم بمرور سنة واحدة حقوق العمال والخدمة والأجراء من أجور يومية وغير يومية، ومن ثم قاموا به من توريدات .

ويشترط بداية أن يكون صاحب الحق عاملاً، أى يرتبط بعقد عمل بينه وبيـن صاحب العمل شريطة أن يكون تابعاً. أو أن يكون خادماً أو أخيراً لا يخضع لعلاقة العمل وذلك عن استحقاق الأجر سواء كان يتقاض أجرة يومياً، أو أسبوعياً، أو شهرياً .

وأن يكون الحق المذكور قد نشأ عن أجر أى عن مقابل العمل. أو ثمن ما قام به هؤلاء من توريدات .

ويبين من النص أن الأساس القانونى للتقادم الحولى قرينة الوفاء أى أنه بعــد انــتهاء السنة يفترض أن المدين قد وفىَّ بالدين. ولا تسقط هذه القرينة لمجــرد إثبات الدائن عدم حصول الوفاء إنما تسقط بأحد طريقين : اليمين أو الإقرار واليمين يوجهها القاضى من تلقاء نفسه إلى المدين على أنه أدى الدين فعلاً. فإن رفض لا يجوز له أن يتمسك بالتقادم الحولى يستبعد دعوى الدائن كما يجوز توجيه اليمين إلى ورثة المدين أو أوصيائهم إن كانوا قصراً بأنهم لا يعلمون بوجود الدين أو يعلمون بحصول الوفاء .

كــذا للدائن أن يتمسك بإقرار المدين على أنه لم يوف بالدين أو تمسك بدفاع يتعارض مع قرينة الوفاء .

وإذا كان التقادم الحولى أساسه قرينة الوفاء فيترتب على ذلك أنه لا يقبل الوقــف، ويقــبل الانقطــاع. ويبدأ سريان التقادم الحولى من وقت استحقاق الأجر. أو من وقت انتهاء العمل المكلف به العامل أو الخادم أو الأجير – أو من وقت انتهاء الإقامة بالنسبة لأصحاب الفنادق .

وفــى جميع الحالات، فإنه إذا حرر سند بحق من الحقوق المذكورة فلا يتقادم هذا الحق إلا بانقضاء خمس عشرة سنة أى بالتقادم العادى .

كيفية حساب التقادم

نصان، وتعليق :

٣١٢ – تنص المادة ٣٨٠ مدنى بأن مدة التقادم تحسب بالأيام لا بالساعات، ولا يحسب اليوم الأول، وتكمل المدة بانقضاء آخر يوم منها .

وفى المادة ٣٨١ أن سريان التقادم لا يبدأ – فيما لم يرد فيه نص خاص – إلا من اليوم الذى يصبح فيه الدين مستحق الأداء .

وبخاصـــة لا يسرى التقادم بالنسبة إلى دين معلق على شرط واقف إلا مـــن الوقت الذى يتحقق فيه الشرط. وبالنسبة إلى ضمان الاستحقاق إلا من الـــيوم الـــذى يثبت فيه الاستحقاق، وبالنسبة إلى الدين المؤجل إلا من الوقت الذى ينقضى فيه الأجل .

وإذا كـــان تحديد ميعاد الوفاء متوقفاً على إرادة الدائن سرى التقادم من الوقت الذى يتمكن فيه الدائن من إعلان إرادته .

مـــبدآن إذن ينصحا من النصين : الأول حساب مدة التقادم بالساعات لا بالأيـــام والـــثانى مبدأ سريان التقادم من تاريخ استحقاق الدين لا من تاريخ نشوئه .

ونعرض للمبدأين على النحو الآتى :

١ – مبدأ حساب المدة فى التقادم بالساعات لا بالأيام .

وبذا فإن كسور الأيام لا يتم حسابها، أى لا يحسب اليوم الأول الذى يبدأ فـــيه ســـريان التقادم. وفى كل الحالات فإن التقادم لا يتم إلا بانقضاء اليوم الأخير ممثلاً لو استحق دين الأجرة فى عشرين أغسطس ٢٠٠٥ فإن التقادم يتم بانقضاء يوم ٢٠ أغسطس ٢٠٠٦ ويدخل فى حساب التقادم ما قد يتخلله من أعياد أو عطلات رسمية. ولمّا كان التقادم لا يكتمل إلا بانقضاء هذا اليوم الأخـــير فإنـــه يقع صحيحاً ما يتخذ من إجراءات بشأن التقادم فى هذا اليوم، كإجـــراء قطـــع الـــتقادم مثلاً. وثمة فرض يكون فيه آخر أيام التقادم عطلة رســـمية، لا تيســـر اتخاذ إجراءات فيها. وتعتبر ذلك من قبيل القوة القاهرة، ووقف سريان التقادم إلى اليوم التالى أى أول يوم عمل .

ونلفـــت النظر إلى مسألتين، أن مدة التقادم تحسب بالتقويم الميلادى لا الهجرى ولا القبضى مثلاً .

والثانية أنه إذا انتقل الحق إلى خلف عام " الورثة مثلاً " أو إلى خلف خاص " المشترى " تضم مدة السلف إلى الخلف بمعنى أن ما مضى من مدة مما عهد السلف تدخل فى حساب التقادم بحيث تضم إلى المدة السارية فى عهد الخلف .

المبدأ الثانى – سريان مدة التقادم من تاريخ استحقاق الدين :

٣١٣ – ويتفرع على ذلك أن التقادم لا يبدأ فى السريان من تاريخ نشوء الحق، أو من تاريخ خلوه من النزاع، أو من تاريخ يتعين مقداره وأن الدين المؤجل لا يسرى مدة تقادمه إلا من تاريخ حلول الأجل أو من تاريخ انتهاء الأجل القضائى " نظرة الميسرة " .

وإذا كان الدين معلقاً على شرط واقف فلا يسرى التقادم إلا من تاريخ تحقق الشرط وفى ضمان الاستحقاق كالتزام على عاتق البائع فى عقد البيع لا يبدأ تقادمه إلا من تاريخ الحكم النهائى بثبوت الاستحقاق للغير .

وعلى عكس ذلك يتقادم الدين المعلق على شرط فاسخ من تاريخ استحقاقه فإن اكتملت مدة التقادم قبل تحقق الشرط سقط الالتزام سواء تحقق الشرط بعد ذلك أو لم يتحقق .

وثمة حالة يسرى فيها التقادم من يوم إنشاء الدين لا من تاريخ استحقاقه. فعلى ما ورد بالمادة ٣٨١/ ٣ مدنى فى السند المستحق الأداء لدى تقديمه وإطلاع المدين عليه، حيث يسرى التقادم من الوقت الذى يتمكن فيه الدائن من إعلان إرادته أى من وقت تمكنه من تقديم السند. والثابت أن الدائن يستطيع تقديم السند من يوم تحريره، فيسرى التقادم إذن من تاريخ نشوء الدين لا من تاريخ استحقاقه .

٢ - وقف التقادم :

نص وتعليق وتقسيم :

٣١٤ - تنص المادة ٣٨٢ مدنى بأنه لا يسرى التقادم كلما وجد مانع يتعذر معه على الدائن أن يطالب بحقه ولو كان المانع أدبياً وكذلك لا يسرى التقادم فيما بين الأصيل والنائب .

ولا يسرى التقادم الذى تزيد مدته على خمس سنوات فى حق من لا تتوافر فيه الأهلية، أو فى حق الغائب أو فى حق المحكوم عليه بعقوبة جناية إذا لم يكن له نائب يمثله قانوناً .

ومن النص نرى بأن أسباب وقف التقادم تكمن فى وجود مانع يحول بين الدائن وبين المطالبة بحقه، أو يجعل هذه المطالبة أمراً عسيراً عليه .

فإذا انتهينا للربط بين الوقف ووجود المانع - أمكن أن نقسم أسباب الوقف - بحسب النص - فيما يلى :-

١- أسباب ترجع إلى وجود علاقة معينة بين الدائن والمدين تجعل المطالبة بالحق مستحيلة أو متعذرة. من ذلك مثلاً المانع الأدبى الذى يوقف التقادم كعلاقة الزوجية، وعلاقة الأبوة والأخوة، وعلاقة الخادم بمخدومة .

كذا، فلا يسرى التقادم فى علاقة الأصيل فالنائب، سواء كانت النيابة قانونية كالعلاقة بين ناقص الأهلية، والولى أو اتفاقية كالموكل بالوكيل .

٢ - أسباب ترجع إلى حالة شخصية لدى الدائن. فلا يسرى التقادم الذى تزيد مدته على خمس سنوات فى حق من لا تتوافر فيه الأهلية أو فى حق الغائب أو فى حق المحكوم عليه بعقوبة جناية إذا لم يكن نائب يمثله قانوناً .

أى أن نقص الأهلية وانعدامها سبب لوقف التقادم إلى أن يزول سبب نقص الأهلية أو إلى أن يعين لناقص الأهلية وصى أو قيم أو مشرف قضائى.

٣ – وأخيراً فهناك أسباب لوقف التقادم بسبب مانع مادى

وهذه الأسباب تكريس لقاعدة تقضى بعدم سريان التقادم ضد من لا يمكنه المطالبة بحقه، كقيام حرب، أو كارثة طبيعية، .. ونحو ذلك .

٣ – انقطاع التقادم :

انتهينا بأن وقف suspension التقادم، منع سريان مدته ضد بعض الأشخاص لوجود مانع يحول بينهم وبين المطالبة بالدين .

وانقطاع interruption التقادم بعكس ذلك، فهو واقعة طارئة تقطع التقادم أى تزيل كل أثر للمدة التى مضت. وتبدأ مدة جديدة كاملة إذا عاود التقادم سريانه .

وإلى أسباب انقطاع التقادم تقول المادة ٣٨٣ بأنه ينقطع التقادم بالمطالبة القضائية ولو رفعت الدعوى إلى محكمة غير مختصة، وبالتنبيه وبالحجز وبالطلب الذى يتقدم به الدائن لقبول حقه فى تفليس أو فى توزيع وبأى عمل يقوم به الدائن للتمسك بحقه فى إحدى الدعاوى .

كما تقضى المادة ٣٨٤ بأن التقادم ينقطع إذا أقر المدين بحق الدائن إقراراً صريحاً أو ضمنياً. ويعتبر إقراراً ضمنياً أن يترك المدين تحت يد الدائن مالاً مرهوناً رهناً حيازياً تأميناً لوفاء الدين .

والمتأمل بالنصين يرى بأن أسباب انقطاع التقادم قد ترجع إلى الدائن أو إلى المدين .

أ – أسباب انقطاع التقادم الصادرة من الدائن .

ينقطع التقادم بعمل يصدر من الدائن في حالات محددة هي المطالبة القضائية أي بإقامة الدعوى بالحق أمام القضاء، حيث تنقطع بها مدة التقادم ولو رفعت الدعوى إلى محكمة غير مختصة. إنما لابد أن ترفع الدعوى من الدائن ضد المدين أما إذا رفعت الدعوى من المدين نفسه لإبطال سند الدين مثلا أو لإعلان براءة ذمته، فلا تنقطع بها مدة التقادم وإذا أقيمت الدعوى على طرف ثالث غير المدين. فلا تقطع التقادم .

ب – كما ينقطع التقادم بالتنبيه commandement ، وهو إجراء يسبق التنفيذ متى كان بيد الدائن سند قابل للتنفيذ .

ج – وينقطع التقادم كذلك بالحجز la saisie سواء كان حجزاً تنفيذياً كالحجز على العقار أو على المنقول أو كان حجزاً تحفظياً كالحجز تحت يد المدين .

وأخيراً ينقطع التقادم بالطلب الذي يتقدم به الدائن لقبول حقه في تفليسة المدين أو تقدمه ومطالبته بحقه في توزيع مفتوح لأموال المدين. أو يتمسك الدائن بحقه في أثناء سير الدعوى عن طريق تقديمه طلباً عارضاً بحقه في دعوى مرفوعة عليه أو يتدخل الدائن في دعوى بين المدين وشخص ثالث مطالباً بحقه كل الوقائع السابقة إذن قاطعة للتقادم .

ب – انقطاع التقادم بإقرار المدين :

بإقرار المدين بالدين ينقطع التقادم لأنه نزول عن التمسك به انقضى من مدة .

والإقرار – فيما قدمنا – تصرف قانوني يصدر من طرف واحد هو المدين المقر ينتج أثره، بلا حاجة لقبول من جانب الدائن .

• وقـد يصدر الإقرار فى مجلس القضاء أو خارجه، وليس له شكل معين فقد يكون صريحاً، أو ضمنياً .

انقطاع التقادم

نصوص قانونية، تعليق :

٣١٥ – نصـت المادة ٣٨٣ مدنى على أنه ينقطع التقادم بالمطالبة القضائية ولـو رفعت الدعوى إلى محكمة غير مختصة، وبالتنبيه وبالحجز وبالطلب الـذى يتقدم به الدائن لقبول حقه فى تفليس أو فى توزيع وبأى عمل يقوم به الدائن للتمسك بحقه فى إحدى الدعاوى .

وتـنص المادة ٣٨٤ بأن التقادم ينقطع إذا أقر المدين بحق الدائن إقراراً صريحاً أو ضمنياً. ويعتبر إقراراً ضمنياً أن يترك المدين تحت يد الدائن مالاً مرهوناً رهناً حيازياً تأميناً لوفاء المدين .

وتنص المادة ٣٨٥ على أنه إذا انقطع التقادم بدأ تقادم جديد يسرى من وقت انتهاء الأثر المترتب على سبب الانقطاع، وتكون مدته هى مدة التقادم الأول .

على أنه إذا حكم بالدين وحاز الحكم قوة الأمر المقضى أو إذا كان الدين ممـا يتقادم بسنة واحدة وانقطع التقادم بإقرار المدين كانت مدة التقادم خمس عشرة سنة إلا أن يكون الدين المحكوم به متضمناً لالتزامات دورية متجددة لا تستحق الأداء إلا بعد صدور الحكم .

المشرع بالنصوص المذكورة يبين أسباب انقطاع التقادم، ويحددها فى أسـباب صـادرة من الدائن وأسباب صادرة من المدين : والأولى تتمثل فى

المطالبة القضائية. أى إقامة الدعوى بالحق أمام القضاء حتى ولو رفعت إلى محكمـــة غـــير مختصـــة شريطة أن تكون الدعوى مرفوعة من الدائن ضد المديـــن. وعلـــى ذلك، لا ينقطع التقادم بدعوى يرفعها المدين مطالباً ببراءة ذمـــته، ولا بدعوى يرفعها لإبطال السند الذى أنشأ الدين. ولا ينقطع التقادم بدعـــوى من شخص ثالث غير المدين. وإذا ترك الدائن الخصومة أو قضى بســـقوطها ترتب على ذلك إلغاء صحيفة الدعوى، ويعتبر انقطاع التقادم كأن لم يكن ويعتبر التقادم الذى بدأ سريانه منتجاً لأثره من حيث سقوط الحق ...

ينقطع التقادم لأسباب صادرة من الدائن إذن بالتنبيه، وهو الإجراء الذى يسبق التنفيذ متى كان بيد الدائن سند قابل للتنفيذ .

كما ينقطع التقادم بالحجز على معنييه : أى الحجز التنفيذى على العقار أو على المنقول أو الحجز التحفظى، كالحجز تحت يد المدين وينقطع التقادم كذلك بالطلب الذى يتقدم به الدائن لقبول حقه فى تفليسة المدين أو مما توزع أو بأى عمل يقوم به الدائن للتمسك بحقه أثناء السير فى إحدى الدعاوى، بما فـــى ذلك تقدمه بطلب عارض فى دعوى مرفوعة على المدين أو تدخله فى الدعوى .

أمـــا أسباب انقطاع التقادم الصادرة من المدين فهى إقراره بحق الدائن إقراراً صريحاً أو ضمنياً، وسواء كان فى مجلس القضاء أو خارجه .

والمهـــم أنه إذا وجد سبب لانقطاع التقادم – على ما بيننا – ترتب أثره من حيث :

أ – سقوط المدة السابقة على سبب الانقطاع بحيث لا تدخل فى حساب التقادم إذا عـــاود ســـيره. وبذا يكون الانقطاع على عكس الوقف. ففى الأول تسقط المدة السابقة عليه وفى الثانى لا تسقط المدة السابقة عليه .

ب – والأثر الثانى لانقطاع التقادم، بدء تقادم جديد بعد زوال سبب الانقطاع هذا التقادم الجديد يكون مساوياً فى مدته للتقادم الأصلى بحسب الأصل .

كيفية إعمال التقادم وأثره

٣١٦ – إعمال التقادم يحكمه قواعد عدة أهمها :

١ – أن التقادم لا يقع تلقائياً بمجرد اكتمال مدته بل يلزم التمسك به وعلى ذلك ورد بنص المادة ٣٨٧ مدنى بأنه لا يجوز للمحكمة أن تقضى بالتقادم من تلقاء نفسها بل يجب أن يكون ذلك بناء على طلب المدين أو بناء على طلب دائنيه أو أى شخص له مصلحة فيه ولو لم يتمسك به المدين .

ويجوز التمسك بالتقادم فى أية حالة كانت عليها الدعوى ولو أمام المحكمة الاستئنافية .

٢ – يجوز للمدين النزول عن التمسك بالتقادم بعد ثبوت الحق فيه إنما لا يجوز النزول عن التمسك بالتقادم قبل ثبوت الحق فيه كما لا يجوز الاتفاق على أن يتم فى مدة تختلف عن المدة التى عينها القانون .

وفى كل الحالات فإن النزول عن التقادم لا ينفذ فى حق الدائنين إذا صدر إضراراً بهم .

أما عن أثر التقادم، فهو انقضاء الالتزام، وإن تخلف فى ذمة المدين – مع ذلك – التزام طبيعى فيه عنصر المديونية لا المسئولية .

وإذا سقط الحق بالتقادم سقطت معه الفوائد وغيرها من الملحقات ولو لم تكتمل مدة التقادم الخاصة بهذه الملحقات .

الفهرس

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة